

التسجيل

وحماية المتقاعدين والفبر

وهي رسالة تشمل بوجه خاص المسائل الآتية : المعنى الصحيح « للأثرأامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . — الشفعة والتسجيل والقضاء الاهلى والمختلط (وعلى الاخص « التكدمة » الواردة بنهاية الرسالة) . — وجهات النظر المختلفة فى تقرير الآثار المترتبة على الاحكام الممنية للمقود فى عهد القانون المدنى وقانون التسجيل . — خطورة المنطق البحث على الاصول القانونية . — تسجيل عرائض الدعاوى وما شاب المادة السابعة من قانون التسجيل من النقض والمذكرة الايضاحية من الاضطراب . — الروح العامة للتسجيل المصرى بمصر

ان قوام الاصول القانونية ، الاعتبارات العملية والفروقات الاجتهادية . والمنطق البحث خطورة كبرى على هذه الاصول

تأليف
الدكتور عبد السلام زهنى بك

مدرس القانون المدنى والتجارى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور فى الحقوق (العلوم القانونية) من كلية الحقوق بليون بفرنسا
دكتور فى الحقوق (العلوم السياسية والعلوم الاقتصادية) من كلية الحقوق بليون بفرنسا
محام لدى محاكم الاستئناف

كافة الحقوق محفوظة للمؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة

ان التسجيل ، وهو نقل العقد كاملا بسجل خاص ، أو وضع أصل العقد بملف على حدة ، اعلانا للغير بما حث العقار من المحاضر العينية ، تصرفا بالبيع أو الايهاب : ان التسجيل هذا هو من النظم القانونية التي ساورت الشارع في كل مكان ، فجعلته يفكر في معالجتها بطريقة تضمن حماية المتعاقدين والغير ، وبحيث تطمئن اليها المعاملات بين الافراد ، وتستقر فيها العقائد القانونية . ومع ان الباعث الاصلى لوضع نظام التسجيل يرجع للاعتبارات العملية ، وللضرورات الاجتماعية المتجددة ، فان المنطق البحث ، وقد ملك على شارحي قانون نابليون بمحورهم وقيدهم فيها بقبود من حديد وقتنا ما ، قد أفسد شيئا غير قليل من الاصول القانونية التي يجب ان ترمى الى حماية المعاملات والى تقرير الطمأنينة في العقائد القانونية عند المتعاملين . وقد يننا مبلغ خطر المنطق البحث في تقرير الاصول القانونية بالشطر الاول من الرسالة ، في عهد القانون المدني ، وبالشطر الثاني منها ، في عهد قانون التسجيل الجديد . وأوضحنا على ضوء الاعتبار العملية ما ينتاب الناس من القلق ويتولاهم من الاضطراب اذا هم تركوا للمنطق البحث يعمل في تقرير مصائر حقوقهم . وكشفنا الستار في مواطن عدة من بحوث هذه الرسالة عن الاضرار البليغة التي تلحق المتعاقدين بالذات ، وتلحق الغير ، من جراء عدم مراعاة الاعتبار العملية ، ومن جراء الانسياق وراء ضوء الاستقراء المنطقي الخلاب . وانا لا زلنا نقول بان القانون لم يخرج عن كونه هو الآخر مظهرا من مظاهر الادوار الحيوية ، ويجب ان يسار في تقرير اصوله طبقا لما تخرجه التطورات الاجتماعية من الاحداث المختلفة ، وأن لا يخضع مطلقا للاستقراء المنطقي البحث ، الا بالقدر اللازم ، واللازم فقط ، في تنظيم الاصول القانونية تنظيلا منسجما ، أي خضوعا شكليا وليس خضوعا جوهريا موضوعيا

ولما كان نظام التسجيل هو الآخر أيضاً يأخذ في ميادين الحياة طريقاً يتطور مع تطور الحركة الاجتماعية لكل بيئة ، ويتخذ شكلاً من أشكال الوضع الخارجى بما يلتمه والضرورات الاجتماعية ، رأينا الخطر مجسماً فيما إذا تركنا المنطق البحث يتطرق أيضاً الى هذا النظام الجديد ، وليد التطور العصرى ، وابن الحاجة الماسة الحاضرة لذا سارعنا الى وضع هذه الرسالة ووجهتنا فيها تقرير الاصول القانونية تقريراً يتفق مع مبادئ الحياة ، وحماية المتعاقدين والغير من مفاجآت المنطق البحث فيما إذا ترك هذا المنطق الجاف يتغلغل فى احشاء الاصول القانونية المستفادة من نظام التسجيل فيفسدها افساداً

وكنا فى درس كل جانب من جوانب البحث نرجع الى الاصول القانونية التى يمكن التعرف عليها ، على ضوء الاعتبارات العملية ، فى عهد القانون المدنى أولاً ، وفى عهد قانون التسجيل الجديد ثانياً . ولقد بان لنا فى عرض الاستقراء والبحث عيوب لقانون التسجيل الجديد ، رأينا من اللازم ضرورة معالجتها لا من طريق المنطق البحث الخطر ، بل من طريق حماية المعاملات بين الافراد ، متعاقدين أو غيراً ، حتى تستقر الحقوق ويطمئن المتعاملون

وما كدنا تم طبع الرسالة الا القليل من صفحتها ، حتى وقفنا لآخر لحظة على حكمين من القضاء المختلط (حكماً منشوراً أخيراً بالمجلات القانونية الدورية ، وحكماً اطلعنا عليه نحن بقلم كتاب المحكمة لانه لمّا ينشر بعد) أيدنا فى مجموعهما هذا القضاء فيما ذهبنا اليه ، بما يشبر الى أنه قد يعدل عن رأيه الاول الذى تقدناه . لذا وضعنا فى آخر الرسالة « تكملة » ذكرنا بها المبادئ القانونية التى قررها الحكماء ، وقلنا كلمة نقد للحكم الثانى منها

وانا نأمل أن نكون قد وقتنا الى الادلاء بنصيبنا فى خدمة الحقائق العلمية بجانب ما يؤديه غيرنا من جهود كبيرة ومتاعب شتى . والله الموفق ؟

عبد السلام ذهني

الزمالك فى ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٦

مؤلفات المؤلف

١ - باللغة العربية

أولاً - الكتب :

١ - مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء

الاول » مطبعة المعارف سنة ١٩١٤

٢ - مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء

الثاني » مطبعة المعارف سنة ١٩١٥

٣ - المدائيات أو الالتزامات « الجزء الاول . في الادلة أو الاثبات » مطبعة

المعارف سنة ١٩٢٢

٤ - المدائيات أو الالتزامات « الجزء الثاني في الادلة أو الاثبات » مطبعة

هندية سنة ١٩٢٣

٥ - الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر سنة ١٩٢٥

٦ - في الاموال : المنقولات والعقارات ، الملكية على اختلاف أنواعها ،

الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة ، وسائل اكتساب الحقوق

العينية ، وضع اليد والتقادم ، الشفعة وأحكامها ، شرح قانون التسجيل

الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ ، الخ الخ . مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦

٧ - في التأمينات : (١) التأمينات الشخصية وهي الكفالة . - (٢) التأمينات

العينية المنقولة والعقارية وهي رهن المنقول والرهن العقاري غير

الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز وحق الحبس .

ثانياً - المقالات :

١ - نهضة القانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع

السنة الثالثة ص ٣٩٨ - ٤١٢ ، المقال الأول سنة ١٩١٦ (مناسبة

ظهور كتاب شرح البيع لحلمى باشا عيسى سنة ١٩١٦)

٢ - مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر في « فن القانون » ،

بشائر رق الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ - ١٨ سنة ١٩١٦

٣ - في اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

Droit de l'évocation de l'action publique : النظامية والنظامية والنظامية
au point de vue de la technique juridique et du droit
public interne مجلة الشرائع السنة السادسة ص ٢ - ٢٤ سنة ١٩١٨

٤ - في المسؤولية المدنية للأفراد . لختان تاريخية وتشريعية . مجلة المحاماة
السنة الثالثة ص ٣٧٥ - ٣٨٥

٥ - قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ والمبادئ القانونية المقررة
من قبل . مجلة المحاماة ، السنة السادسة ص ٥٩٧ - ٦٢٩ سنة ١٩٢٦

ثالثاً - مذكرات لطلبة الحقوق وغيرهم :

١ - مذكرات في القانون الروماني . في الاحوال الشخصية عند الرومان .
سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣

٢ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الأشياء عند الرومان سنة
١٩٢٢ - ١٩٢٣

٣ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الالتزامات عند الرومان
سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣

رابعاً - كتب تحت الطبع :

١ - القانون التجاري . الاعمال التجارية ، العقود التجارية على اختلاف
أنواعها ، الشركات ، الخ الخ . . .

خامساً - كتب في التخصيص

١ - الجزء الثالث من كتاب مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة
الولاية العامة ، وهو القسم العملي القضائي

٢ - القانون الروماني : نظرية الأشياء والأشخاص والالتزامات والموارث
وطرق المرافعات

٢ - باللغة الفرنسية

Du même auteur :

1. — **Abd El Salam Zohny.** La responsabilité de l'Etat égyptien-à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg Lyon, P. Geuthner, Paris, 1914.
2. — Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.
3. — Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921

﴿ بيان الرموز ﴾

| | | | |
|--|--|------|--------|
| Bulletin | مجلة التشريع والقضاء المصري | ١٨٤٣ | ق ١٨٤٣ |
| de législation et de jurisprudence égyptiennes | | | |
| المجلد ٣ صفحة ١٨ | (ويرمز لها باللغة الفرنسية B. L. J.) | | |
| زيد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من | | ١٨٤٣ | |
| مجلة م ت ق . والمجلة هذه لا تنشر الا احكام | | | |
| الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة | | | |
| المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية المجلد ٣ | | ١٨٤٣ | ص ٣٤١ |
| صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها | | | |
| بالفرنسية B. O. | | | |
| المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة | | ١٨٤٣ | ص ٣٤١ |
| Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte | | | |
| (ويرمز لها باللغة الفرنسية R.O.) | | | |
| المجلد ٣ صفحة ١٨ | | | |
| مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم | | ١٨٤٣ | ص ٣٤١ |
| الحكم ٢٠ | | | |
| مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم | | ١٨٤٣ | ص ٣٤١ |
| الحكم ٢٠ | | | |
| مجلة سيري Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨ | | ١٨٩٨ | ص ٣٤١ |
| القسم الاول صفحة ١٨ | | | |
| مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨ | | ١٨٩٨ | ص ٣٤١ |
| القسم الاول صفحة ١٨ | | | |
| Gazette | مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر | ١٨٩٨ | ص ٣٤١ |
| des tribunaux mixtes d'Egypte | | | |

| | |
|--|----------------------------------|
| المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ | |
| الجدول العشري الاول للمعالم المختلفة | ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩ |
| Table décennale صفحة ١٨ نبذة ١٩ | |
| الجدول العشري الثانى الخ . . . | ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩ |
| » الثالث » | ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩ |
| محكمة الاستئناف الاهلية بمصر | استئناف |
| محكمة الاستئناف المختلطة بإسكندرية | استئناف م |
| كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع | مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩ . |
| وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ، | |
| الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩ | |
| نفس الكتاب جزء ثان | مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩ . . |
| مجموعة الأحكام الصادرة فى السنين العشر | مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩ |
| الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧ | |
| تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ، | |
| جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ | |
| كتاب التعليقات القضائية على قوانين | تعليقات جلال مدنى ص ١٨ ن ١٩ . |
| المحاكم المصرية، جزء المدنى صفحة ١٨ | |
| نبذة ١٩ تأليف جلال بك | |
| قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ — ١٩٢٠ | عياشى ص ١٨ ن ١٩ |
| بقلم الاستاذين جورج روثايل عياشى | |
| والياس روثايل عياشى المحامين بقلم | |
| قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩ | |
| مرجع القضاء لواضعه عبد العزيز بك | مرجع ٢ ص ١٨ ن ١٩ |
| ناصر الجزء الثانى صفحة ١٨ نبذة ١٩ | |

تمهيد

١ — للتعاقد آثار هامة على المتعاقدين وعلى الغير . ولها دوران اما أن تكون قائمة بقيام العقد واما أن تكون قائمة أيضاً مع زوال العقد بالانواع المختلفة للزوال سواء بالعدول أو الابطال . وهذه الآثار على اختلاف صنوفها هي تارة محكمة بالاصول المقررة بالقانون المدني ، وطوراً بالاحكام المقررة بقانون التسجيل . ولا آثار التعاقد دور هام على الاخص فيما يتعلق بالغير وحمايته . وذلك نظراً لاتصال الغير به اتصالاً محكماً بالمعاملات بين الافراد . ذلك الاتصال الذي شغل أدمغة المشرعين والمشرعين في وضع أصوله وتقرير احكامه بما يضمن استقرار الطائفة والمعاملات وتوكيد العقائد القانونية لدى المتعاملين . والا اذا اضطربت هذه العقائد وتزعزعت في مجالات التعامل المدني والتجاري ـ امكن في ذلك تعطيل الحركة التعامل ، وهو ما يتعارض مع طبيعة الحياة واعتبارات العمران . لذا تنصرف جهود الباحثين تشريعاً وفقهاً وقضاءً في العمل على ضوء اعتبارات الحياة وضرورات الوجود . ولهذا السبب لا نطرق ببحثنا هذه في طريق ضيق المسلك يضايقنا فيه جود النص ونقص التشريع ، انما نسير فيها وراء ضرورات الحياة وطبيعة التعامل ، بحيث لا نرمي الا الى استقرار الطائفة في مجالات العمل لدى الافراد . وبذا نستطيع القول بحق بأن التشريع وجد حتى يكون في خدمة الانسان ، ولم يوجد الانسان حتى يكون في خدمة التشريع كما لاحظ ذلك « بورتايس^(١) » أحد خطباء قانون نابليون . وان خيف في بحثنا جواز الخروج بعيداً عن منطقة النص والعمل في توسيع مجاله والاخذ به الى أكثر مما يقول به ، فلا ضير في ذلك ، لانه ليس في خروجنا عن منطوق النص معنى

التعارض معه ، اذ في ذلك خروج عليه ولا محالة . ولكننا انما نخرج بعيداً عن منطوقه الى تلمس الحالات الاخرى التي لم يتناولها النص بالتصريح ، وعمدتنا في ذلك روح التشريع ، وضرورة اقساط الحالات الاخرى هذه قسطها من الاحكام القانونية حتى لا تبقى معلقة في فضاء التشريع وهي لا تعرف من أمر مصيرها شيئاً . ولما كان روح التشريع العام للقانون أو الخاص بمسئلة معينة هو عمدتنا في تقرير ما لم يقرره النص فلا بد وأن تكون الاحكام التي سنقرها ، مطابقة حتماً للحكم الذي أورده النص . وعلى ذلك لا خروج على النص ولا تعارض معه . وكيف القول بالتعارض مع انسجام الاحكام وربطها جميعاً برباط روح التشريع ؟

٢ — هذا ولما كانت الاعتبارات العملية والمصلحة العامة هي مناط التشريع في كل آن وبيئة ، فانا نرى من القصور العلمي قصر البحوث على ما أورده النص والوقوف عند منطوقه ، والنص جامد لا يتطور ، بينما الحياة هي كل يوم في شأن . لذا لا نرى بداً من لباس نصوص التشريع لبوس الحياة العملية ، بما ليس فيه افقيات كما ذكرنا على سلطة التشريع ، مادام أنا لا نقول الا بما فيه الانسجام الكامل مع روح التشريع ، ومادام ما نقول به لا يذهب في طريق يتعارض مع النص القائم . قد يمكن أن يلحظ في عملنا رغبة التجرأ على اختصاص المشرع ، والخروج في الشرح عن دائرة الشرح ، أي شرح النصوص القائمة ، ولكننا لا نعمل في ذلك على معارضة النصوص بل على تكميلها وسد النقص فيها . نعم ولو أن ذلك هو من عمل الشارع بالذات ، ولكن لما كان التشريع في المصور الحاضرة كثير التعقيد ، وقد لا يتم صنع القانون الا بعد زمن ، وربما قد لا يتم صنعه بناتاً ، فلا بد للقائمين بمهمة الفقه والقضاء أن يقرروا ما يرونه لازماً وفي حاجة ماسة حتى لا تضطرب المعاملات كما ذكرنا

٣ — هذا وقد عملنا في بحثنا هذه على جعل الكلمة الاخيرة للاعتبارات العملية ، أي للمظاهر الحيوية للأفراد ، ولم تقسط المنطق البحت ، وهو ذلك المنطق الجاف الموروث عند البيئات الحاضرة عن الرومان في عصرهم الاول وعن قام بعدهم وعلى الاخص في

القرون الوسطى ، وعلى الأكثر في العهد الاول للهضة القانونية الفرنسية عقب وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ، وهو عهد التحليل المنطقي لنصوص القانون فحسب — قلنا لم نقسط هذا المنطق قسطاً هاماً قد يتعارض مع الاعتبارات العملية . اذ قد لاحظنا ان بعض الاحكام ويؤديها اغلب رجال الفقه ممن كتبوا ودونوا في القانون قبل نهضته الاخيرة المشبعة بالروح العملية ، قد غلبت عليه قيود ذلك المنطق وملكته أساليب الاستقصاء المنطقي ، في دائرة ضيقة من وجهة النظر الواحدة ، فجعلته يجعل نص الشارع كأنه هو الذي يسوق الحياة ويكتسحها أمامه . ونرى نحن في ذلك خطراً محدقاً . وان كان صحيحاً ما لوحظ في أول عهد التقنين الاوروبي (قانون نابليون سنة ١٨٠٤) ان الشارحين للقانون وقفوا به عند تحليل نصوصه ليس غير ، فقد يكون لهم العذر ، اذ التقنين من طريق التعميم كان حديثاً لم يكن ألوفاً ، وكانت الحياة العمرانية على اختلاف اشكالها بحيث تلتئم في ضنوتها ونحاقها مع المجهود التفاري للباحثين اذ ذاك . واما وقد تغيرت الحال فلا يمكن معه الآن القول بان التشريع يكتسح أمامه الحياة العملية . بل الذي نراه العكس والشارع المعصرى انما يجب أن يجرى وراء الاعتبارات الحيوية ، ويجب أن يلحق به في نفس الطريق وبهذا الروح ، جماعة القائمين بمهتي القضاء والفقه

٤ — هذه هي الاعتبارات التي رأيناها في بحثنا هذه . ولقد قسمنا الموضوع الى قسمين كبيرين : القسم الاول يتناول البحث في آثار العقد والعقد قائم سواء كانت الآثار هذه خاصة بالعاقدين أو بجماعة الغير ، وسواء كان ذلك في عهد القانون المدني ، أو في العهد الحديث لقانون التسجيل الجديد . والقسم الثاني يتناول البحث في آثار العقد بعد زواله . سواء كان الزوال بالعدول عنه برضاء الطرفين ، أو برغبة أحدهما كما في حالة الايصاء ، أو كان الزوال باطلاله ، وسواء كان الابطال ابطالا مطلقاً أو ابطالا نسبياً ، أو بفسخه ، ومبلغ أثر ذلك بالنسبة للغير . وهنا غلبنا الاعتبارات العملية على قيود المنطق الجامد الموروث عن الباحثين السابقين . ونظرنا في آثار الزوال على الغير

في عهد القانون المدني وفي عهد قانون التسجيل . وبيننا الفروق القائمة بين التشريع الاهلي والتشريع المختلط . وأفسحنا المجال في تقرير الاحكام القانونية بما لم يقل به النص ، ولكن بما يألف مع روح التشريع ، وذلك فيما يتعلق بشرح المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد

وها نحن أولاء نضع لكل حالة تفصيلاً يرجع الى الاصول الاولى التي رسمناها كي تكون مناساً لهذه البحوث

أثر العقد من حيث بقاء العقد قائماً

٥ — يتناول هذا البحث أمرين : الامر الاول أثر العقد بالنسبة للعاقدين .
الثاني . أثر العقد بالنسبة للغير . ولكل منهما تفصيلات تفرعية

(١) أثر العقد بالنسبة للعاقدين

٦ — وينقسم هذا البحث أيضاً الى قسمين : أثر العقد بالنسبة للعاقدين في عهد القانون المدني . هذا أولاً . وثانياً . أثر العقد بالنسبة للعاقدين في عهد قانون التسجيل

١ — أثر العقد بالنسبة للعاقدين

في عهد القانون المدني

٧ — من أهمات الاصول القانونية أن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدني فرنسي وحكمها عام) فلا يجوز للطرف الواحد من طرفي العقد حق الانفراد بتعديل أو إلغاء العقد . انما يجوز ذلك اذا اتفق الطرفان عليه معاً ^(١) وما دام انهما يملكان التعاقد فهما يملكان أيضاً عدم التعاقد . أي لهما أن ينقضا معاً ما أبرماه معاً . وأما الواحد وحده فما دام أنه لا يستطيع أن يقرر لنفسه بنفسه حقاً قبل شخص آخر ، من حيث انشاء الحق ، فكذلك لا يستطيع الاقنيات وحده على الحق المقرر للطرف الآخر قبله . اذ لا بد من التبادل في الرضاء في الحالتين ، الانشاء والتعديل

٨ — وإذا كان العقد شرع العاقدين فانه يترتب على ذلك أيضا ان أثره لا يتعداهما الى الغير الذى لم يكن طرفا منهما فى العقد المعقود بينهما . ويراد بالغير من كان أجنبياً عن طرفى العقد ، أى من اتصف بالأجنبية القانونية اللانائية ، بحيث لا يعتبر ممثلاً فى شخص أحد العاقدين . وعلى ذلك لا يعتبر من قوى الصفة الاجنبية القانونية الخلفاء بوجه عام وهم الورثة والموصى اليهم ، والدائن العادى والخلف الخاص^(١) الا انه نظرا لبعض الاعتبارات العملية تقرر استثناءات لقاعدة عدم نفاذ العقد على الغير فى الاحوال الستة الآتية : (١) أعمال الوارث الظاهر تسرى على الغير وهو الوارث الحقيقى (٢) الوفاء الحاصل للدائن الظاهر حامل سند الدين نافذ على الدائن الحقيقى (٣) تصالح أغلبية دائنى المفلس حجة على الآخرين (٤) فى حالة النزاع فى الملكية العقارية يفضل من قدم سند تمليك صادر اليه أو الى الملك له وكان سابقا فى تاريخه على وضع يد المنازع له ، ولو أن هذا الاخير لم يكن طرفا فيه (٥) عقود الادارة والاستغلال الصادرة من المستغل حجة على الغير ، كعقود الايجار الصادرة من المشتري وفائياً ، اذ تعتبر حجة على البائع عند استرداد هذا الاخير للعقار (المادة ٣٤٥ / ٤٣١ مدنى و ١٦٧٣ فرنسى — ٦) التعاقد للغير^(٢) ، اذ يجوز التعاقد لمصلحة الغير ، بمجرد أن يلتزم أحد المتعاقدين بالوفاء للغير ، ويصح هذا الالتزام باعتباره صادرا من شخص واحد ومقرراً لحق للغير . ويسمى من التزم بالوفاء بالمتعهد^(٣) ومن حصل الالتزام له بالمستفيد^(٤) ومن تعاقد مع المتعهد بالمتعاقد^(٥)

٩ — ولا تنف النياية عند قيام الصفة النياية القانونية لدى أحد العاقدين ، بل يجب أن يكون الغير وهو ذلك الاجنبى عن العاقدين ، قد اكتسب حقا عينيا

(١) الالتزامات لنا فى النظرية العامة من ١٦٦ ن ١٧٨ وما بعدها

(٢) stipulation pour autrui (٣) promettant

(٤) bénéficiaire (٥) stipulant الالتزامات لنا من ١٦٩ ن ١٨٠ وما

بعدها — وس ١٧٨ ن ١٨٩ — الاموال لنا من ١٠١٣ ن ٦٨٨ .

على الشيء محل التعاقد بين الماعدين . والا اذا لم يتقرر هذا الحق فلا محل للقول بالغيرية حيث لا مصلحة من وراء ذلك . ولا تكون الغيرية الا اذا تصادم حمة الحقوق على شيء واحد وادعى كل منهما حق الاولوية على الآخر فيه . والتزام لا يقوم الا بين اثنين : الاول أحد طرفي العقد ، وهو الذي اكتسب بالتعاقد حقا عينيا على الشيء . والثاني هو الذي يدعى بان بالعقد المقول به افتياتاً على حقه المقرر له على الشيء ، سواء كان حقه مقررأ له برضائه مع المالك الاصلى ، أو بحكم القانون بالذات ونرى قصر القول هنا على التعامل العقارى ؛ لأن التسجيل لا يتعلق بالاالعقارات وهو ما أردنا هنا قصر بحثنا عليه

١٠ — والتعاقد على الحق العيني العقارى يتم بمجرد حصوله أى بمجرد حصول الإيجاب والقبول من الطرفين . ولا يحتاج العقد الى أى قيد آخر يتعلق بالأوضاع الشكلية . الا أن هناك عقوداً عينية عقارية لا بد فيها من بعض قيود ترجع للاوضاع الشكلية المعروفة عند جماعة الرومان . هذه العقود الحاضرة هى الهبة والرهن العقارى غير الحيازى . فاذالم تلاحظ هذه الاوضاع الشكلية فلا ينعقد العقد . ولا يملك الماعدان القوة القانونية فى خلق العقد . وإنما يستحيل التعاقد فى بعض الاحيان الى تعويض يقضى به القاضى . ولا يملك القاضى الحكم بصحة العقد من حيث الأثر القانونى المترتب له . لانه ليس فى مقدوره أن يجعل حكمه يحل محل الاوضاع الشكلية التى يقررها الشارع من طريق التحميم

١١ — واذا كان العقد من الجائز فيه أن يكون بالتعاقد العرفى أو الرسمى ، كعقد البيع مثلاً ، واتفق الطرفان على ضرورة عمل عقد رسمى ، صح التعاقد أيضاً ولو لم يتم بالتعاقد الرسمى ، اذ الحكم من جانب القضاء بصحة العقد كاف فى تقرير النتائج القانونية المرجوة من الرسمية ^(١)

٢ — أثر العقد بالنسبة للعاقدين

فى عهد قانون التسجيل الجديد

١٢ — انتهى الشارع المصرى أخيراً بوضع قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ وقرره فى المادة الاولى بأن انشاء حق الملكية أو أى حق عيى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله لا يكون نافذ الاثر بين المتعاقدين ، ومن باب أولى بالنسبة للغير ، الا بالتسجيل ، بحيث لا يترتب على عدم التسجيل سوى تلك الالتزامات الشخصية الناشئة عن طبيعة العقد ، من المطالبة بالتئن أو المطالبة بتسليم العقار ، الى آخر ما هو مقرر فى الالتزامات الخاصة بكل عقد على حدة

ومن هذه المادة الاولى يرى أن الشارع المصرى أراد تقرير قاعدتين جديدتين لم تكونا معروفتين فى عهد القانون المدنى ، وهى قاعدة ان الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين الا بالتسجيل . وقاعدة ان العقد غير المسجل تنشأ عنه التزامات شخصية . والقاعدتان متلازمتان مع بعضهما البعض ، بحيث يجب فى تعيين مرعى القاعدة الاولى مراعاة مرعى القاعدة الثانية ، حتى يلتقيا معاً فى نقطة واحدة . وذلك انا نقول بأنه ولو كانت الملكية لا تنتقل الآن الا بالتسجيل ، فانا نريد بذلك الملكية الكاملة . واما عند عدم تسجيل العقد ، فانه وان كانت الملكية الكاملة لم تنتقل ، الا أن الملكية الحيازية الرومانية الاصل ، أو الملكية الناقصة ، تنتقل الى المشتري . وللملكية الكاملة وسائل معينة لحمايتها قبل الملك وقبل الغير . كما أن للملكية الحيازية وسائل معينة أيضاً قبل الملك وقبل الغير . أما قبل الملك فيرجع ذلك الى نظرية الالتزامات الشخصية المعينة بالمادة الاولى المذكورة . وأما قبل الغير فيرجع الى الغير المتواطئ ، وهو الغير سىء النية .

ونرى الآن أن نتكلم على الملكية الحيازية المستفادة من عدم تسجيل العقد ثم على الالتزامات الشخصية . والقاعدتان متماسكتان كما نرى

١ — التسجيل والملكية الكاملة

والملكية الحيازية

١٣ — نريد بالملكية الكاملة ما يترتب للمشتري من حق الملكية الكامل عن تسجيل العقد . اذ بالتسجيل تنتقل الملكية الى المشتري وتزول عن البائع . ونريد بالملكية الحيازية أنه عند عدم تسجيل العقد وما يترتب على ذلك من عدم نقل الملكية الصحيحة الى المشتري ، فان المشتري برغم ذلك يصبح ذا حق معين بشأن العقار المبيع له . فله حيازته واستغلاله ، بل والتصرف فيه .

وأما وقد أصبح التسجيل شرطاً ضرورياً لنقل الملكية فانه يترتب على ذلك أن العاقدین يصبحان ولا يملكان بمحض ارادتهما خلق الحق العيني العقاري ونقله أو تغييره . ولا يكفي التعاقد على ذلك في انشاء الحق العقاري . بل لا بد من التسجيل باعتباره وضعاً من الاوضاع الشكلية الرومانية الاصل بحيث لا يملك العاقدان حق مساسه . ولا يملك القاضى أيضاً حق التقرير بانشاء أو نقل أو تقييد الحق العيني العقاري كما رأينا ذلك بشأن العقود الرسمية (ن ١٠) . كل ذلك لان التسجيل أصبح من القيود الرسمية لصحة العقد . ولا نزول آثار العقد ، خلاف أثر نقل الملكية في البيع مثلاً ، بعدم التسجيل . بل تبقى آثار العقد قائمة . فيجوز كما قلنا للمشتري مطالبة البائع بتسليم العقار . وليس للبائع رد الدعوى بعدم انتقال الملكية ، لان البيع قائم مع عدم التسجيل وآثار البيع مأخوذة بها ، لان عقد البيع صحيح . وان كان لا يستطيع المشتري بدعوى المطالبة بتسليم العقار أن يصبح مالكا للعقار ، الا أنه يصبح له حائزاً . وكأنا نلمح هنا بحث النظرية الرومانية المعروفة في نقل الملكية الرومانية البحتة وفي تحايل البريتور الروماني على حمايتها اذا لم تستكمل قيودها الرومانية . ذلك في حالة البيع الروماني البسيط ، من غير طريقة التبايع بالميزان والشهود^(١) ومن غير طريقة التقاضى

الصوري^(١) بأن حصل التبائع بواسطة المناولة اليدوية^(٢) فإن الملكية الرومانية البحتة^(٣) أى الملكية الكاملة لا تنتقل في هذه الحالة الى المشتري ، انما الذى ينتقل اليه هى الحيازة فيصبح المبيع في حيازة المشتري^(٤) أى تنتقل الى المشتري الملكية الحيازية^(٥) كما كان يسميها الرومان أو الملكية الناقصة . ولما كان من المقرر عندهم أن للملكية النامة دعوى مقررّة لحايتها من عبث العابثين بها وهى دعوى تثبيت الملكية^(٦) وأنه لا يمكن للملكية الناقصة الاستعانة بهذه الدعوى الا عند مضي المدة القانونية للملك بالتقادم رأى البريتور القاضى الرومانى بوبليسوس^(٧) أن يترضى اقراضاً مجازياً أن المشتري قد تملك بالتقادم وأن مدة التقادم قد انقضت (وهى فى الحقيقة لم تنقض) وابعاح له اذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ، حق رفع دعوى تثبيت للملكية الناقصة^(٨) حماية له من عبث العابثين بالملكية الحيازية هذه^(٩) وذلك فيما اذا كان المنازع له هو غير البائع . وأما فى حالة ما اذا نازعه هذا الاخير فانه يدفع دعواه بالدفع المعروف « بدفع الشيء المبيع والمستلم بالمناولة اليدوية »^(١٠) وهو أشبه بما يحكى فى الوقت الحاضر بقاعدة « من سقى فى قنّص ما تم على يديه فسعيه مردود عليه »

١٤ — اذا علم ذلك فلا محل للغرابة من القول فى أن المشتري غير المسجل وان كان لا يملك الملكية الكاملة التى تسمى الملكية الرومانية البحتة ، فهو يملك الملكية الحيازية التى قررها البريتور بوبليسوس . وما دام أن له شترى حقاً مقررّاً على الشيء قبل المملك له ، فهو فى حل حينئذ من المطالبة بأوجه الحماية حتى يستقر حقه لديه وحتى لا يتعرض له أحد وعلى الاقل المملك له . أما اذا تهدد حقه بالزوال

(١) طريقة in jure cessio (٢) traditio (٣) propriété quiritaire
(٤) in bonis (٥) propriété bonitaire (٦) revendicatio
(٧) Publicius (٨) la pubilicienne (٩) راجع كتابنا فى الاموال
rei vindicatae et traditae (١٠) م ١٠٠٨ ن ٨٦٤

من طريق تقرير حقوق عينية على المقار للغير ، غير المتواطئ مع المملك له ، فانه لا يعتبر وقتذاك أهلاً للحياة ، لانه قصر في التسجيل ، وعليه وحده تبعة تقصيره وأما اذا كان عدم التسجيل ناشئا عن فعل المملك له فان لنا في ذلك وسيلة لحمايته نقررها له أخذاً بالقياس مع المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد ، وذلك أن تسجل عريضة الدعوى حتى يكون الحكم في الدعوى سارياً على الغير من وقت تسجيل العريضة هذا فيما يتعلق بقاعدة الملكية الحيازية رومانية الاصل . والآن نتكلم على الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم تسجيل العقد

ب — الالتزامات الشخصية والعقد غير المسجل

§ ١ — تمهيد تاريخي

١٥ — ان لطبيعة التشريع في كل بيئة وزمان نزعة وقتية تأخذ بالشارع الى وضع قانونه بما يلتمم والميول الخاصة وبما يتفق مع ضرورات الحركة الاجتماعية المعينة . لهذا كان التشريع في كل آن عرضة للتعديل . ومن المستحيل ان يظل قائماً طول الابد دون أن تغشاه يد التحوير كما يقضى به دور التطور العمراني وكان الرومان في عهد طفولتهم التشريعية ممن يأخذون بالأوضاع الشكلية والقيود الوضعية ، من الفاظ معينة تلقى وقت التعاقد ، ومن اشارات ورموز خاصة لا بد من التدليل عليها وقت الاتفاق الملزم . بحيث اذا لم يراع ذلك فلا التزام ولا دائن ولا مدين بالوجه العام ، فاذا لم يحصل البيع بطريق العلانية في حفلة يحضرها ممثلو طوائف الشعب الخمسة ويقرع الميزان المنصوب وتلقى عبارات تبادلية عند وقوع البيع^(١) فلا ينمقد العقد ولا تنتقل الملكية . ويبقى وقتئذ التعاقد الشفوي الابتدائي^(٢) بلا أثر قانوني ملزم . وكان للالتزام القانوني على ذلك دوران . دور الاتفاق الابتدائي . ولا أثر له من الوجهة القانونية . ودور التعاقد الملزم ، بالأوضاع الشكلية المعينة ، وفيه تنتقل

الملكية . وكانت تنتقل الملكية هذه من طريق التقاضى الصورى والنزاع المجازى القضاى^(١) بأن يتفق البائع مع المشتري على تصوير دعوى يدعى فيها المشتري ملكيته للمبيع فيقره البائع . ويصدر حكم القاضى بإقرار الملكية للمدعى

ويغلب أن الغرض من العلانية والاضاع الشكائية تأكيد نقل الملكية ، ليس فقط بين المتبايعين ، بل لحماية الغير أيضاً . بحيث تصبح هذه الاوضاع الشكائية أداة ضمان لحماية ارادة المتبايعين . وفى ذلك يقول المشرع الالمانى المعروف اهرنج^(٢) ان لهذه القيود الشكائية عند الرومان بعض المزايا فى أنها لا تجعل الامر الارادة فى التعاقد محلاً للشك ، بل هى تطيع العقد بطابع لا يستطيع معه الافلات من قوة أثره وصحته ، كما تطيع الحكومة العملة اثباتاً لصحتها^(٣)

ولما قطعت روما أشواطاً معلومة فى طريق المدنية وراجت أعمالها وزحمت اليها الجاليات الاجنبية وتنوعت صنوف المعاملات التجارية والمدنية ، عمل مشرعوها وفى طليعتهم البريتور الرومانى^(٤) على كسر أغلال القيود الشكائية وتحرير العقود نوعاً ما من مضايقات الاوضاع العلنية

١٦ — ثم جاء الفرنسيين وهم فى تياراتهم التشريعية يحتنون النزعة الرومانية فى أواخر أيامها ، ورأوا من امارات العلانية ضرورة تسليم المبيع . ثم اكتفوا بضرورة ذكر شرط التسليم والتسلم^(٥) بالعقد بما يفيد حصول التسليم ، والحقيقة غير ذلك . وجاء أخيراً قانون نابليون وقر بالمادة ١١٣٤ بأن العقد شريعتى المتبايعين ، بمعنى أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد عليها بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير . ووضع الشارع الفرنسى قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ وقر به بأن الملكية لا تنتقل بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، التسجيل الشخصى باسم البائع^(٦) لا التسجيل العينى باسم العين المباعة^(٧)

(١) in jure cessione (٢) Ihering

(٣) انظر كتابنا فى الالتزامات النظرية العامة ص ٦٧ و ٧٠ . (٤) préteur

(٥) dessaisine saisine أو veste déveste

(٦) transcription personnelle (٧) transcription réelle

وقتل عنه الاحكام هذه الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ والاهلى ١٨٨٣
١٧ — ورأى بعض الدول الاجنبية عدم الاخذ بنظرية التسجيل الشخصى والاستماعة عنه بالتسجيل العيى . فعلت ذلك المانيا بقانونها المعروف سنة ١٨٧٢ .
وقرر هذا القانون الالماني أن يكون التعاقد رسمياً ، وأنه يجوز للمشتري الذى استحال
عليه الحصول على عقد رسمى بسبب عنت البائع ، أن يرفع دعوى ويحصل على حكم
بصححة التعاقد فى ذاته ثم يسجل هذا الحكم ليقوم مقام العقد الرسمى (المادة ٨٧٣
من قانون التسجيل الالماني الصادر سنة ١٨٧٢ . وهذا هام)

١٨ — هذا ومن أخص خصائص التسجيل العيى ان الملكية لا تنتقل الا
بالتسجيل ، وأنه بحصول التسجيل لا يقبل العقد طعنًا ما ، ولو ثبت أن البائع غير
مالك . الا انه فى هذه الحالة يصح اعطاء تعويض للمالك الحقيقى يدفع له من
رسوم التسجيل

§ ٢ — التشريع المصرى وحركة التسجيل

١٩ — ولم يشأ الشارع المصرى الا يشاطر أهل النقد خارج مصر فى تقديم
للتسجيل الشخصى ورغبته فى الأخذ بالتسجيل العيى . بل سارع هو الآخر فى اصدار
حرب عوان على هذا التسجيل الشخصى . وفعلًا قدم للجنة التشريع الدولى سنة ١٩٠٢
مشروعين ، أحدهما فى توحيد أقلام التسجيل بمصر لرفع شائبة تعدد أمكنة التسجيل
لترويج المعاملات العقارية وثبوت الثقة المالية . وثانيهما لتقرير نظام التسجيل العيى ،
أى نظام السجلات العقارية . وأقرت اللجنة الدولية المشروعين بعد ادخال تعديلات
هامّة ، وانتهت منها سنة ١٩٠٤ . وظل الشارع المصرى ساكنًا حتى سنة ١٩١٧
فأعاد الكرة الى المشروعين ، وانتهى الامر بوضع قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم
١٨ اهلى ١٩ مختلط تمهيداً للاخذ فيما بعد بنظام السجلات العقارية ^(١) ، وقرر
بالمادة الاولى منه بان الملكية (أو الحق العيى العقارى بوجه عام) لا تنتقل بين

الطرفين الا بالتسجيل وانه « لا يكون للعقد غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين^(١) »

وما عثم ان عمل بهذا القانون من أول يناير سنة ١٩٢٤ حتى تضاربت الآراء في تعيين مدى رمى هذه المادة الاولى ، واختلفت فيها أثارته عبارة « الالتزامات الشخصية » من الابهام والغموض . وظهرت أوجه الخلف على الاخص أولاً في موضوع الشفعة ، فيما اذا كانت الشفعة جائزة في عقد المشتري غير المسجل ، وثانياً في موضوع النصب ، فيما اذا كان يعتبر نصباً معاقباً عليه بالمادة ٢٩٣ عقوبات بيع البائع للعقار مرة ثانية بينا المشتري الاول لم يسجل . وأخيراً في موضوع ما اذا كان قد يجوز للمشتري بتعاقد شفوي ، أو بتعاقد كتابي غير صالح للتسجيل لنقص في شرائطه الشكلية ، حق مقاضاة البائع للحصول على حكم يقوم مقام العقد الكتابي ، ثم تسجيل الحكم ذريعة لنقل الملكية

فقال مذهب بأن لا شفعة ولا نصب ولا حكم لتسجيله . ووجهه ان العقد غير المسجل يستحيل فقط الى تعويض ، لان ذلك هو المقصود من عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل ، ومن المستحيل المطالبة بالعقار ملكية أو تسليماً ما دام العقد لم يتسجل

وقال مذهب آخر بعكس ما قرره المذهب الاول وأجاز الشفعة والتقاضى للحصول على حكم لتسجيله وأجاز النصب (في حالة التواطؤ التدليس^(٢) بين البائع والمشتري الثاني المسجل قبل المشتري الاول) ووجهه أن « الالتزامات الشخصية » لا تستحيل الى تعويض حتماً . انما هي تنصرف الى الالتزامات التي تنشأ عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين . فان كان بيعاً ، التزم البائع بتسليم العقار ، والتزم المشتري بدفع الثمن ولو كان العقد غير مسجل . وذلك كله لان قانون التسجيل لم يعمل للافتيات على أحكام البيع الا فيما يتعلق ، ويتعلق فقط ، بحكم نقل الملكية . وأما الأحكام الاخرى

المقررة في البيع فهي قائمة ومقررة بالقانون المدني ، ولا بد من الأخذ بها في مواطن قانون التسجيل الجديد ، وأنه يجب حصر مفعول هذا القانون الجديد فيما يختص بمسألة واحدة ، وهي مسألة نقل الملكية ليس غير

وانا لا أقر المذهب الاول ، وتأخذ بالمذهب الثاني . ونرى الادلاء ، بعد التمهيد السريع التاريخي الذي أوجزناه هنا ، بالادلة القائمة على عدم صحة المذهب الاول ، وعلى تناقضه مع الاعتبارات العملية ، والاصول القانونية ، ومع الاعتبارات التاريخية التي لحنا اليها تليحاً

٣٨ - الالتزامات الشخصية الناشئة

عن طبيعة العقد

٢٠ - ان الادلة القائمة على صحة المذهب الثاني الذي تقول به هي ما يأتي :
(١) لقانون التسجيل الجديد مذكرة ايضاحية وردت بها الاعتبارات التي عول فيها الشارع على وضع القانون^(١) وأشار بهذه المذكرة الى مسائل تاريخية والى مسائل علمية فنية بحتة

والمسائل التاريخية هي أن الشارع أراد بالقانون الجديد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية ، أي التسجيل العملي ، ذلك النظام الذي تقرر شروعه لدى اللجنة الدولية سنة ١٩٠٤ وهو مأخوذ عن النظام الالماني الموضوع سنة ١٨٧٢ وعن الانظمة الاخرى الاجنبية

وقد لاحظنا أن المادة ٨٧٣ من قانون التسجيل العملي الالماني الموضوع سنة ١٨٧٢ تقرر بأنه يجوز الحصول على حكم لتسجيله اذا استحال عمل عقد رسمي في مصلحة المشتري . وقررت المادة ١٧ من مشروع السجلات العقارية المصري بأنه لا بد في العقد القابل للتسجيل أن يكون رسمياً^(٢) بحيث اذا انعقد التعاقد عرفياً فلا أثر له

(١) وهي مشدودة باللغة العربية بمجلة المحاماة المجلد ٣ ص ٤٥٧ وما بعدها . وباللغة الفرنسية بمجلة جازيت الحاكم المختلطة المجلد ١٣ ص ٨٢ وما بعدها (٢) authentique

مطلقاً لا من حيث تقل الملكية ، ولا من حيث التعويض ، حتى لو كان التعويض متفقاً عليه بالعقد ، أى لو كان هناك شرط جزائى . وقد عارضت الحكومة وقتئذ كبير معارضة فى هذا النص^(١) ولما جاء شارع ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لم يشأ مطلقاً الأخذ بتلك القاعدة القاسية ، وعالج قسوتها فى موضعين : أولاً ، فى أنه لم يقرر رسمية العقد بل أوجب المصادقة على توقيع المتعاقدين (المادة ٦ من قانون التسجيل) . وثانياً ، انه لم ينزع عن التعاقد العرفى ، غير المسجل ، المصادق عليه أو غير المصادق عليه ، أثره القانونى من حيث الالتزامات التى تنشأ عن طبيعة العقد . هذه هى الاعتبارات التاريخية

وأما المسائل العملية الفنية البحتة فانه رأى أن ليس من المنطق أن يكون عقد التملك نافذاً على السكافة^(٢) وحجة على الجميع ، بينما لا يكون نافذاً على الغير الا اذا تسجل . فكان العقد غير المسجل نافذ على السكافة وغير نافذ عليها والمستفاد من الاعتبارات التاريخية والفنية أن الشارع لم ينزع عن التعاقد ، شفوياً كان أو كتابياً أثره ، القانونى بين الطرفين . ويجوز لكل منهما حق مطالبة الآخر بما اشتغلت به ذمته من الالتزامات الشخصية فيما يرجع لطبيعة العقد المعقود بينهما . بحيث لا يتحول هذا الالتزام الشخصى الى مجرد تعويض الا فى حالة استحالة تنفيذ الالتزام الشخصى . واما مادام الالتزام الشخصى قائماً ويمكن تنفيذه ، فلا محل للمطالبة بتعويض . اذ المشتري يعتبر دائماً بالالتزام الشخصى الاصلى ، فله المطالبة به . أو دائماً بالتعويض عند استحالة تنفيذ الأول . والخيار للدائن لا للمدين (انظر المادة ١٢٣/٩٨ مدنى)^(٣)

٢ . المستشار برناردى^(٤) مشرع ايطالى معروف اشتغل بالتقضاء المصرى المختلط

(١) انظر كتابنا فى الاموال ص ٨٦٩ ن ٥٩٤ وما بعدها (٢) *erga omnes*

(٣) كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ص ٢٨١ ن ٢٩٢ وص ٢٨٢ ن ٢٩٣

Bernardi (٤)

من وقت انشائه سنة ١٨٧٦ . وتركه ثم عاد اليه ثم تركه أخيراً سنة ١٩٢٣ . وقد اشتغل بكل لجنة تعين لوضع نظام السجلات العقارية ^(١) وقد كان عضواً باللجنة الخاصة التي وضعت قانون التسجيل الحاضر ، وهو الذي حرر مشروع ذلك القانون ، وهو بنفسه واضع المذكرة الأيضاحية . ولقد قرر هذا المستشار باللجنة الخاصة بمحضر جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ « بأن العقد خير المسجل لم يخرج عن كونه وعداً بالالتزام بنقل الملكية والا حكم على البائع بالتعويض » ^(٢)

وقرر المستشار الملكي « بيولا كازيلي » أحد أعضاء اللجنة بنفس الجلسة ما يأتي « ان الملكية لا تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير الا بالتسجيل . على أن مجرد اتفاق الطرفين يجعل المشتري الظاهر ^(٣) بمثابة دائن ، لا يجوز له قطع حق المطالبة بتعويض عند عدم حصول العقد رسمياً ، بل يجوز له حق رفع دعوى للحصول على حكم يحل محل العقد الرسمى ويجوز تسجيله » وقرر المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى أحد أعضاء اللجنة بالجلسة نفسها « أن يترك الامر في الفصل في هذه المسائل الى القضاء »

والمفهوم من اقرار هذين العضوين الاولين صاحبي الأثر الفسلى في وضع قانون التسجيل ان العقد غير المسجل ، لا تنتزع عنه آثاره القانونية من حيث الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد . فان كان العقد يبرأ وجب اعتبار البائع واعداء بالبيع . والوعد بالبيع بيع . واذا تعذر أو استحال على المشتري تسجيل العقد لنقل الملكية اليه جاز له رفع دعوى بصحة التعاقد وتسجيل الحكم

فهل يتفق ما قرره محضر والقانون مع القول بأن العقد غير المسجل يستحيل في الحال الى تعويض ؟ وكيف يستحيل العقد خير المسجل الى تعويض ، مع أنه من

(١) راجع محاضراته في قانون التسجيل الجديد بمجلة مصر الحديثة سنة ١٩٢٢ بالجلد ١٣ من ١٧٢ — ٢٠٨ وعلى الاخص ص ١٧٣ — ١٧٥ (٢) لم تشر محاضر جلسات هذه اللجنة . ولكن اطلنا عليها شخصياً بوزارة الحفائية (٣) acquéreur apparent

الممكن الحكم على البائع بتمكين المشتري من الاستفادة من عقد البيع ، باعتبار المشتري مشترياً ، والبائع بائعاً ؟ وإذا كان للمذهب الاول الذى نعمل على تقضيه الآن من أساسه سند بالاعمال التحضيرية لقانون التسجيل ، لقرر محضروه عدم جواز رفع دعوى للحصول على حكم لتسجيله ، وقرروا قصر الدعوى على المطالبة بتعويض ، وبالتعويض فقط

(٣) ورد بالمذكرة الايضاحية تأييداً لما قرره « برناردى » و « بيولا كازيلي » أن البائع ملزم بتمكين المشتري من التسجيل^(١) ، وهل يتفق هذا القول مع المذهب الاول القائل باستحالة العقد الى تعويض ؟ لانه ان قيل باستحالة العقد الى تعويض ، لما كان هناك محل للقول بالزام البائع من تمكين المشتري من التسجيل

(٤) ان عدم التسجيل لا يرفع عن العقد كيانه القانونى والآثار الملزمة المترتبة عليه . فمقد البيع قبل التسجيل بيع صحيح ملزم . وأحكام البيع مأخوذ بها حتماً . انما يعتبر العقد غير المسجل غير ناقل للملكية . ولكنه أداة صالحة لنقلها اذا تسجل . ولا يمكن القول بانه قبل تسجيله مقرر لتعويض فقط . مع القول بانه صالح لنقل الملكية بالتسجيل . لأن التسجيل لا يصيب الا العقود الصالحة لنقل الملكية . وأما اذا كانت متعلقة بمجرد تعويض ، فلا يصيبها التسجيل ، كما قررنا ذلك

فاذا اشترى المشتري العقار وتسلمه فهل يمنع البائع من مقاضاته بالثمن لمجرد أن عقد البيع لم يتسجل ، والتسجيل كما هو معروف من شأن المشتري الحائز للعقد المبدع والصالح للتسجيل ؟ وهل يجوز القول هنا باستفادة المشتري من اهماله أو من باب أولى من عنته ، فلا يسجل حتى يفوت حق البائع عليه ، فلا يستطيع البائع مطالبته بالثمن لعدم انتقال الملكية ؟

ان لهذا المذهب أخطاراً تلحق المعاملات ، واقتيانياً على الاصول القانونية العامة ؟

(١) م ٤٦٠ المواد الثانى فى أوله من مجلة المحلطة المذكورة

أما الاخطار فانه يكفي أن يعطل المشتري عملية التسجيل بفعله هو ، أو يعطل البائع عملية التسجيل لدى المشتري ، حتى يستحيل العقد غير المسجل الى مجرد تعويض ، مع أن الغرض الذي رمى اليه الطرفان إنما هو البيع ، البيع لا التعويض .
فاذا روعي المذهب الاول لوقف دولاب المعاملات

وأما الافتيات على الاصول القانونية ، فانه بالمذهب الاول نزول الالتزامات الناشئة عن العقد الاصيلي لمجرد عدم تسجيله ويزول البيع ، أو يزول بوجه عام عقد تقرير الحق المعيني العقارى ، وتبطل البيوع لمجرد عدم تسجيلها ، ويتسلط كل من المشتري والبائع على الآخر في أن يفوت عليه مزايا العقد لمجرد أن يمتنع عن التسجيل ان كان مشتريا ، أو لمجرد أن لا يمكن البائع المشتري من التسجيل ان كان بائعا متعتقا . أو لم يقل محضرو القانون أن المشتري دائن للبائع بالالتزامات الشخصية الناشئة عن العقد ، وأن هذا المشتري في حل من مطالبة مدينه البائع بالوفاء بما التزم به ؟ وإذا كان المشتري دائنا بالالتزام الاصيلي الناشئ عن البيع ، فله قانونا وبداهة الحق بالمطالبة بهذا الالتزام . ولا يتحول هذا الالتزام الى تعويض الا اذا استحال الوفاء بالالتزام الاصيلي ، لان الاصل في الوفاء أن يكون بنفس ما التزم به الملتزم^(١) وهو ما يسمى بالتنفيذ المباشر أى التنفيذ بالحق ذاته المعقود عليه^(٢)

هـ) ان في القول باستحالة العقد غير المسجل الى تعويض ، وفي حصر حق المشتري في دائرة المطالبة بالتعويض فقط ، قولاً يذهب بالاغراض الاجتماعية والاقتصادية المرجوة من المعاملات بين الافراد . اذ اذا استفيد المشتري ، وعلى الأخص ان كان شخصاً معنوياً كشركة مدنية أو تجارية أو جمعية أدبية أو سياسية أو مجلس بلدى أو مجلس مديرية ، من القضاء له بتعويض في الوقت الذى قد اشترى فيه العقار ليجمعه بمدرسة أو مصنعا أو مستشفى أو مستوصفا ؟ أليس يفوت الغرض المرجو من الصيغة اذا ما أفلتت العقار من المشتري ، اليس الضرر محققاً ؟ اليس في ذلك

(١) كتابنا في الالتزامات ، النظرية العامة ص ٢٥٠ ن ٢٦٧

(٢) الالتزامات ص ٢٦١ ن ٢٧٥

تضحية للمعاملات الحيوية الحسة ، من أجل المنطق ، ذلك المنطق الذى يقول بأنه ما دام العقد لم يتسجل فلا الملكية عن البائع زالت ، ولا الملكية للمشتري انتقلت ، بل هناك حق بتعويض وبتعويض فقط ؟ وهل من العمران ، والقانون مظهر من المظاهر العمرانية الشتى ، أن تداس المعاملات فى خدمة المنطق ؟ أو ليس من العمران ان يوقف المنطق على خدمة الانسان ؟

٦) ان فى قصر حق المشتري على مجرد المطالبة بتعويض خطراً محدقاً به أيضاً من جانب آخر . لانه يجوز أن لا يجد شيئاً ينفذ عليه وفاء بالتعويض الذى يحكم به ، بعد أن يكون البائع قد تصرف فى العقار لمشتري ثان قد سجل هذه المرة عقده ، وينفذ عقد المشتري الثانى المسجل حتماً على المشتري الاول الذى لم يسجل عقده لعدم وجود عقد لديه قابل للتسجيل طبقاً للشروط الشكلية المقررة بقانون التسجيل . أما اذا قلنا بالمذهب الثانى الذى نأخذ به فانه يجوز للمشتري غير المسجل الحق فى رفع الدعوى بطلب تسليم العقار والحكم بصحة التعاقد ، ثم تسجيل الحكم فيما بعد . واذا خاف تصرفاً من جاب البائع اضراراً به ، فما عليه الا أن يسجل عريضة الدعوى ، أخذاً بالقياس بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، حتى يقطع خط الرجعة على البائع ، وحتى يكون التسجيل ايذاناً للمشتري الثانى بأن هناك نزاعاً قائماً على العقار .

٢١ — ويرى بما يقول أصحاب المذهب الاول ، ولعلمهم قالوه ، ان للمشتري الاول الحق مع ذلك فى الطعن فى عقد البيع الثانى اذا حصل هذا البيع اضراراً بالمشتري الاول غير المسجل ، اذ يعتبر هذا المشتري الاول دائماً ، وأن البائع قد أراد بتصرفه الثانى هذا الحاق الضرر بذلك الدائن . أى أن للمشتري الاول حق رفع دعوى ابطال تصرفات المدين^(١) وهى الدعوى التى يبطل بها العقد الثانى المسجل . ولكن فلت أنصار هذا المذهب الاول ، أنه مع نجاح هذه الدعوى لا يدخل العقار ، طبقاً لمذهبهم ، فى مال المدعى ، وهو المشتري الاول . انما يدخل فى مال المدين وهو البائع ، ويتزاحم الدائنتون

على اختلاف صنوفهم على اقتسام ثمنه اقتساماً نسبياً لديونهم (وهناك رأى قضائى فرنسى يقول بعدم تراحم الدائنين فى حالة نجاح دعوى بطلان التصرفات) ^(١) وتنفذ المزاحمة بلا خلاف على الاخص فيما لو دخل الدائنون الآخرون خصوصاً فى دعوى الابطال ^(٢). وفات أنصار المذهب الاول أن نجاح دعوى الابطال متوقف على شرطين هامين : أولهما : اعسار المدين البائع . ثانياً : سوء نية المشتري الثانى . أما الاعسار فالامر فى اثباته ليس من السهولة بحيث يطمئن المدعى الى النجاح فيه . وأما سوء النية ، وهو علم المشتري الثانى باعسار البائع وتبريئه للعقار ، وعدم ضرورة اشتراط التواطؤ التديلىسى ^(٣) بينهما ^(٤) فهو ليس بالامر الهين على المدعى ، والاختلاف فى اثباته ليس عليه ببعيد ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المادة الاولى من قانون التسجيل قد قصت على نظرية سوء حسن النية وما اكتنفها من الاشكالات والآراء المتناقضة ، ولكنها لم تقض ، فى نظرنا على الاخص ، على التواطؤ التديلىسى الهادم للعقود والمبطل لها ولماذا التحايل على هذه الدعوى ، دعوى الابطال ، واعتبارها أداة للمشتري الاول غير المسجل ، مع أنه ان نجح فيها فلا يصل الى حقه كاملاً باعتباره تعويضاً . أليس هناك طريق قصير يلجأ اليه هذا المشتري الاول وهو الذى يقول به ، وهو حق المطالبة بما التزم به البائع ، أى تسليم العقار ، والعمل على تمكين المشتري من التسجيل ؟ ان ما نقول به يتفق مع الاعتبارات العملية ، ومع المنطق القانونى المؤسس على الاصول القانونية ، ومع روح قانون التسجيل . وهو الروح المستفاد من الاعمال التحضيرية ، ومع ما قرره نفس محضرى القانون .

٢٢ — وما دام ان الغرض من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى من

(١) انظر الالتزامات لنا ص ٣٥١ ن ٣٥٨ — قارن مع ذلك استئناف م ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ مجلة التشريع والقضاء المختلط المجلد ٣٠ ص ٩٤ . — واستئناف م ١٠ يناير ١٩١٦ المجلد نفسه المجلد ٢٨ ص ١٢٢ . واستئناف اهلى ٩ ديسمبر ١٩١٣ مجلة الشرائع المجلد الاول ص ١٨٣ رقم ٣٢٧ (٢) الالتزامات ص ٣٥١ ن ٣٥٨ . (٣) concert frauduleux (٤) الالتزامات لنا ص ٣٣٦ ن ٣٤٢

قانون التسجيل ، انما ينصرف الى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد ، بيعاً كان أو غير بيع ، فانا نرتب على هذه القاعدة الاحكام الآتية ، وهى الاحكام التى تستند فى تقريرها الى أن المتعاقد مع المالك الاصلى حقاً يتقرر بذمة هذا المالك ، وينصب هذا الحق على العقار محل التعاقد . وتسمية هذا الحق بالحق الشخصى البحت أو بالحق العيى ، أو بحق خاص بطبيعة خاصة ^(١) سواء ، ما دام ان المكتسب الحق حالة مكتسبة مقررة له قبل المالك الاصلى ^(٢) ، كما يقول بذلك العميد دوجى ^(٣) فى نظرياته المختلفة التى تلج بها اصول القانون العام بمحاضراته بكلية الحقوق المصرية ، أو بكتابه المطول فى القانون الدستورى ، بالطبعة الاخيرة سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٥ . وأما هذه الاحكام فهى :

١ — يجوز للمشتري رفع دعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد ، ثم تسجيل هذا الحكم

٢ — اذا لم يرض البائع بالحضور أمام الموظف الحكومى للمصادقة على توقيعه طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل الجديد ، جاز للمشتري رفع دعوى لتحقيق التوقيع طبقاً لقانون المرافعات (المادة ٢٥١ وما بعدها) ثم يقدم التقدم مع حكم صحة التوقيع لقلم التسجيل

٣ — ما دام ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وان التسجيل بالنسبة لنقل الملكية أصبح من الاوضاع الشكلية ^(٤) فلا يملك القاضى الحكم بتثبيت الملكية ، انما يحكم بصحة التعاقد

٤ — للمشتري الذى لم يكن بيده عقد كتابى صالح للتسجيل ، الحق فى رفع دعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد ، سواء لم يكن بيده الا ورقة مبدأً لدليل بالكتابة ، أو كان التعاقد شفويّاً بحتاً . وتراعى احكام الاثبات المقررة بالقانون المدنى من حيث

(١) sui generis (٢) situation acquise

(٣) Duguit (٤) formalisme

جواز الاثبات بالقرائن والشهادة واليمين والاقرار الخ .

٥ — للبائع المطالبة بالثمن ولو لم يسجل المشتري عقده

٦ — هلاك المقار على المشتري غير المسجل اذا حصل التسليم اليه

٧ — لتسجيل العقد أثر رجعي يرجع لتاريخه ، على شرط عدم الاضرار بمحقوق

مكتسبة للغير بلا تواطؤ تدليسى مع المالك الاصلى

٨ — العقد غير المسجل لا يعتبر سبباً صحيحاً معداً للتملك بالتقادم القصير الخسئ

٩ — للدائن المرتن رهنًا حيازياً عقارياً حق مطالبة المدين الراهن بتسليم

المقار ، ولو كان عقد الرهن غير مسجل

١٠ — الوعد بالبيع قابل للتسجيل . واذا لم يتسجل جاز للمشتري المطالبة

بالتسليم ، وطلب الحكم بصحة التعاقد وتسجيل الحكم ، وهكذا بكل ما قرره

للمشتري بعقد كامل

١١ — للشركة على الشريك الذى اتزم بتقديم عقار بمثابة حصة له بال الشركة

الحق فى مطالبته بالمقار ، ولو كان عقد الاتفاق غير مسجل . والهلاك على الشركة ولو

لم يحصل تسليم ، وكان الشريك غير مخطئ

١٢ — للمخارج اليهم حق مطالبة المخارج بتسليم العقارات ، مع عدم تسجيل

عقد التخارج

١٣ — للمالك على الشيوع حق استرداد الحصة المبيعة ولو لم يسجل المشتري

عقده أو لم يسجل المالك على الشيوع عقده أيضاً

١٤ — للدائن الذى رضى باستلام عقار من مدينه فى مقابلة دينه ^(١) ، حق

مطالبته بالتسليم حتى ولو لم يتسجل عقد الاتفاق بالوفاء عينا

١٥ — الشفعة جائزة فى عقد المشتري غير المسجل ، وبالعقد البائع غير المسجل أيضاً

١٦ — البيع ثانياً مع تواطؤ تدليسى بين البائع أولاً والمشتري ثانياً ، عمل

جنائى مؤاخذ عليه بالمادة ٢٩٣ عقوبات باعتباره نصباً

هذه هى الاحكام التى تعتبر نتيجة حتمية للمذهب الثانى الذى قلنا به . وهى وان كانت قد ترتبت على القاعدة التى قلنا بها فى أن الالتزامات الشخصية انما يقصد بها ما نشأ عن طبيعة العقد من الالتزامات المختلفة ، الا أنها فى حاجة الى شرح هى الأخرى بجلى غامضها

ونحيل فى ذلك كله الى ما أفضنا فيه البحث بكتابتنا فى الاموال بالامكان .
الخصصة به هناك . الا أنه نظراً لما أثاره قانون التسجيل من الثورة على قانون الشفعة ، بما ترتب عليه تضارب فى الاحكام ، رأينا أن نأتى هنا على كلمة موجزة فيما يتعلق بصحة الشفعة فى عقد المشتري غير المسجل ، بعد أن أفضنا القول فى ذلك بكتابتنا فى الاموال ^(١) والذى دعانا الى هذه الكلمة المكررة انما هو صدور أحكام أخرى أهلية مؤيدة لوجهة نظرنا ، وصدور أحكام مختلطة ابتدائية على عكس هذا رأى . وفى هذا الخلاف القائم بين أحكام القضاء الاهلى من جهة ، وبين القضاء الاهلى والقضاء المختلط من جهة أخرى ، ما لا تطعن اليه المعاملات بين الافراد . لذا لابد من معالجة الأمر الخلافى ومعالجة تستقر معها الطائفة فى العقائد القانونية

ج — مثل من أمثلة الالتزامات الشخصية

الشفعة والتسجيل

٢٢ مكرر — قام مذهبان قضائيان بمصر بشأن الشفعة فى عقد المشتري غير المسجل . قال مذهب بعدم جواز الشفعة . وقال الآخر بجوازها . وانا نؤيد الجواز . وحجتنا ما يأتى :

قلنا هنا ان الالتزامات الشخصية المقول بها بالمادة الاولى من قانون التسجيل انما هى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد ، وأنها ليست التعويض حتماً ، وأنه لا محل

للتعويض الا اذا استحال الوفاء بالالتزام الاصلى . وأيدنا ذلك بما أوردته المذكرة الايضاحية وبما قرره « برناردى » و« بيولا كازيلى » بمحاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت القانون ، فى أنه يجب على البائع تمكين المشتري من التسجيل ، واذا لم يمكنه جاز للمشتري مقاضاته والحصول على حكم بصحة التعاقد وتسجيل الحكم لتنتقل الملكية . وقلنا بأن قانون التسجيل وهو نواة لنظام السجلات العقارية انما يرجع فى روح أحكامه الى الاصول المعروفة فى نظام السجلات العقارية ، وأن المادة ٨٧٣ من قانون نظام السجلات العقارية الالماني الصادر سنة ١٨٧٢ أباحت جواز الحصول على حكم لتسجيله عند تعذر الحصول على عقد للتسجيل . فاذا كان نظام السجلات العقارية ، وهو كما نعلم من الحرص فى تقرير الطائفة للملكية العقارية بحيث لا يبيع الطعن فيها بعد تسجيل العقد بالسجلات العقارية انخاضة للتسجيل العيني ، يقضى وهو على هذه الشدة بجواز رفع دعوى للحصول على حكم لتسجيله عند عنت البائع وعمله فى عدم تمكين المشتري من التسجيل ، فمن باب أولى أن يؤخذ بهذه القاعدة فى قانون التسجيل الحاضر وهو لا زال على مذهب التسجيل الشخصى ، ولم يأخذ من نظام السجلات العقارية الا مسألة التسجيل فقط فى أن الملكية لا تنتقل الا به

واذا كانت الالتزامات الشخصية هى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد كعقد البيع مثلا ، وأنه يجوز للمشتري بمقتضاها أن يطالب البائع بتسليم العقار ، كما أنه يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن ، وهكذا من الالتزامات الاخرى ، فانه يصبح للمشتري حقوق مقرررة فى ذمة البائع بشأن العقار . وان كان من المتعذر تسميتها بالحقوق العقارية ، الا أنها تقرر على كل حال وفى مجموعها حقاً مكتسباً للمشتري^(١) (كما يقول الاستاذ « دوجي »^(٢) عن كل حق) بما يجعل العقار داخل فى مال المشتري ، بحيث يصبح فى حيازته ، وله عليه كل حقوق المالك على ملكه

وكأن هذه الحالة الخاصة الجديدة التي نشأت عن قانون التسجيل تشبه كثير الشبه حالة من كان يشترى في عهد الرومان شيئاً من طريق المناولة اليدوية^(١) بينما كان من الواجب اتباع إحدى الطرق الأخرى الشكلية المقررة لنقل الملكية وهي طريقة بيع الأشياء النفيسة^(٢) وطريقة الخاصة القضائية الصورية^(٣) فكان لا يصبح المشتري مالكا وعلى ذلك يحرم من حق الاستفادة من الوسائل القانونية المقررة لحماية المالك الحقيقي في حالة اغتصاب الغير للشيء المبيع. ولكن جاء البريتور الروماني بوبليسوس^(٤) وعالج الأمر وأباح للمشتري رفع دعوى تثبيت ملكية خاصة ضد الغاصب. وذلك يرجع كله إلى أن المشتري ولو أنه لم يكن مالكا للبيع إلا أن هذا البيع أصبح في حيازته^(٥)، أي أصبحت له عليه الملكية الحيازية^(٦) أو الملكية الناقصة. ورأى الرومان ضرورة حماية هذا النوع من الملكية، الذي لم يخضع العقد فيها إلى القيود الشكلية الرومانية، وجعلها في مستوى واحد مع الملكية الكاملة^(٧) واقتضى القاضي الروماني أن المشتري أصبح مالكا بالتقدم المكسب، مع أنه في الحقيقة لم تمض المدة المكسبة. أي اعتبره مالكا بينما هو في الحقيقة غير مالك

وكأن الملكية الناقصة الرومانية هذه تشبه كل الشبه حقوق المشتري الذي لم يسجل عقده في عهد قانون التسجيل الجديد. إذ يصبح هذا المشتري وقد تقررت له حقوق مكتسبة بشأن العقار (ولم نقل «على العقار» حتى لا توصف الحقوق بأنها عقارية بينما هي شخصية) لأنه مشتري ولأن قانون التسجيل الجديد لم يؤثر إطلاقاً على أحكام البيع وأصوله لا من جهة البائع ولا من جهة المشتري، إنما أثر فقط على نقل الملكية. فالبيع لا زال من العقود الرضائية من حيث تكوينه، وإنما أصبح شكلياً فقط من حيث نقل

| | | |
|-------------------------|----------------|--------------------------|
| in jure cessio (٣) | mancipatio (٢) | traditio (١) |
| propriété bonitaire (٦) | in bonis (٥) | le preteur Publicius (٤) |
| | | propriété quiritaire (٧) |

الملكية . وهذه الحقوق المكتسبة المقررة للمشتري بسبب البيع ، وإن كانت لم تجعل المشتري مالكا ، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ، هي التي يجب حمايتها لدى المشتري ، ويستحيل حرمانه من وسائل حماية هذه الحقوق ، والا فكل ما لم يحصل تعاقد ما على البيع . هذا ولم يخرج التسجيل في ذاته عن كونه عملية مادية تنحصر في تسليم صورة من العقد لحافظ السجل لا يداعه بملف العقود . ودفع رسم على ذلك . وبالتسجيل تنتقل الملكية . وعقد البيع قبل التسجيل عقد بيع غير مملك ، وبعد التسجيل عقد مملك . فالعقد بيع في الحالتين قبل وبعد التسجيل . وليس المشتري محروما من حق استغلال العقار المبيع والتصرف فيه قبل التسجيل ، ما دامت له حقوق مقررّة بشأن العقار قبل التسجيل . وإذا تعرض له متمعن جاز له الاستفادة من دعاوى وضع اليد . وتعتبر الدعوى عينية ترفع أمام محكمة محل وجود العقار ، مع أن حقه شخصي . ولكنه في دعوى وضع اليد يعتبر واضح يد سائرا في طريق التقادم ، أي أن له حق على العقار دون التعرض لانتقال الملكية . ولا بد من حماية اليد ما دامت الشروط اللازمة لوضع اليد المفيد الملك بالتقادم متوافرة ، وهي الظهور وعدم انقضاء وعدم التقطع إلى آخر الشروط المقررة قانوناً

إذا علم ذلك كان الشفيع في حل من أن يحمل محل المشتري في هذه الحقوق المقررة لهذا المشتري قبل التسجيل . وإذا كان التسجيل في ذاته عملية شكلية يملك المشتري حق طلب اجرائها لدى حفظة سجلات التسجيل ، وحق مطالبة البائع بالعمل على تمكينه (أي تمكين المشتري) من التسجيل ، كأن يحضر لعمل المصادقة على الامضاء ، وغير ذلك ، وكان كل ذلك راجعا إلى جملة الحقوق المقررة للمشتري بسبب عقد البيع وبسبب كونه أصبح مشتريا ومشتريا فقط غير مالك ، أصبح الشفيع حينئذ محقا في أن يطالب بالشفعة حتى يقوم بطلب اجراء هذه العملية المادية وهي التسجيل لتنتقل إليه الملكية التي كانت تنتقل إلى المشتري إذا حصل التسجيل . ويستحيل على المشتري العمل على تعطيل حق الشفيع بمجرد أن يتعمد عدم تسجيل عقده ،

وهي عملية يملك عملها هو . والمشتري لا يملك بعد حصول عقد البيع حق الافتيات على حق الشفعيع بأى عمل ما . فاذا ما طلب الشفعيع بالشفعة وجب على المشتري الرضاء بها فى حدودها القانونية . وليس له بعد ذلك لا المنول عن العقد ولا تعديل العقد . ويوجه عام ليس له أن يعمل ما فيه تعطيل لحق الشفعة الذى خلق خلقا قانونيا كاملا بعد حصول البيع ، وأصبح هذا الخلق القانونى حقا قانونيا محميا بعد اظهار الرغبة والمطالبة به . والشفعيع لا يعتبر مالكا عن المشتري بل هو مالك عن البائع (المادة ١٣ من قانون الشفعة) فان سجل حكم الشفعة بما فيه حتما تسجيل عقد البيع ، أصبح مالكا . والا فلا يعتبر مالكا . انما يعتبر ذا حقوق كما كان المشتري وقت طلب الشفعة . ويجوز للشفعيع تسجيل عقد البيع قبل الحكم بالشفعة اذا استطاع ذلك . انما لا بد أيضاً فى هذه الحالة من تسجيل حكم الشفعة . وتسجيل عقد البيع يصبح المشتري مالكا من تاريخ العقد اخذاً بنظرية الأثر الرجعى التى قررناها للتسجيل الجديد ، على شرط عدم الاضرار بالحقوق المكتسبة للغير الذى لم يتوطأ مع البائع^(١) وكل ذلك يرجع الى ما يستفاد من عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل الجديد ، فى أنها تنصرف الى الحقوق الناشئة عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين ، ولا تنصرف الى التعويضات

منهذه القضاء: صدرت للآن أحكام أهلية ستة منشورة ، أخنت خمسة منها بما قررناه^(٢) وواحد بالعكس^(٣) ورأينا منشوراً للقضاء المختلط حكيمين ابتدائيين ، أحدهما

(١) كتابنا فى الاموال ص ٩١٧ ن ٦٢٧ وما بعدها
(٢) محكمة المنصورة الجزئية فى ٨ ديسمبر الحاماة المجلد ٥ ص ٦٩١ رقم ٥٦٧ ، م ر ا ٢٦ .
ص ٨٢ رقم ٤٦ د حكم ٣ « أسيوط بحكم استثنائى فى ٢٨ مايو سنة ٩٢٥ ، ومعر بحكم استثنائى فى ٢ مايو سنة ٩٢٥ ، م ر ا ، المجلد ذاته والصفحة ذاتها — استنا الجزئية فى ٣١ أكتوبر سنة ٩٢٥ الحاماة المجلد ٦ ص ٥٤٨ رقم ٣٦١ — الوايلى الجزئية فى ٧ نوفمبر سنة ٩٢٥ الحاماة المجلد ٦ ص ٥٣١ رقم ٣٥٤
(٣) مصر الكلية فى ٣ نوفمبر سنة ٩٢٤ الحاماة المجلد ٥ ص ٣٣٣ رقم ٢٩٥

يقضى بعدم جواز الشفعة في عقد المشتري غير المسجل^(١) ولم تنشر أسبابه بعد .
وثانيهما يقضى بجواز الشفعة اذا حصل اظهار الرغبة في الاخذ بالشفعة قبل تسجيل
عقد المشتري ، ورفع دعوى الشفعة بعد تسجيل العقد^(٢) ويقضى بأن المشتري

(١) هذا الحكم أشير اليه بمجورنال الجازيت محمد ١٣١٢ و١٣ مارس سنة ٩٢٦ ورقم العدد
٤٦٥ من بالمواد الاول ، لمناسبة نشر الجريدة المذكورة لدفاع المحامين أمام محكمة استئناف
اسكندرية المختلطة عن الاستئناف المرفوع عن الحكم الابتدائي الذي قرر المبدأ : والآي لم
يلشر الحكم الابتدائي ولا حكم محكمة الاستئناف

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة في ٢٨ فبراير سنة ٩٢٥ جازيت المجلد ١٥ ص ٢٤٢
رقم ٣٦٦ . وموضوع الدعوى أنه عمل عقد ابتدائي بالبيع في ٢٠ مايو سنة ٩٢٤ وعمل العقد
النهائي أمام ، أمور المفود الرسمية في ٣ يوليو سنة ٩٢٤ وتسجيل العقد الرسي في ٨ يوليو سنة
٩٢٤ . وحصل اظهار رغبة الشفيع في الاخذ بالشفعة في ٥ يوليو سنة ٩٢٤ ورفعت دعوى
المطالبة بالشفعة في ٢٦ يوليو سنة ٩٢٤ . وقضى الحكم الابتدائي بالاخذ بالشفعة . وألغاه حكم
محكمة الاستئناف لاسباب لا ترجح للتسجيل والشفعة ، اما ترجح للشفعة وحدها . ولم يتعرض
حكم الاستئناف الى نظرية جواز المطالبة بالشفعة اذا كان عقد المشتري غير مسجل . ولذا يجب أن
يوجه النظر بشأن هذه النظرية الى الحكم الابتدائي الذي قضى بجواز الشفعة اذا حصل اظهار
الرغبة قبل تسجيل عقد المشتري ، ورفعت دعوى الشفعة بعد تسجيل هذا العقد . وجاء بأسباب
هذا الحكم ما يأتي : « وحيث أنه من المقرر في الشفعة بأنها لا تجوز الا بعد حصول البيع ،
وهو ما تقول به المادة ١٠٥ من مرشد الخيران التي رجع اليها الشارع المختلط ، وعلى ذلك
لا يجوز للشفيع أن يشفع طالما أن الملكية لم تنتقل الى المشتري طبقاً لفروض الشككية المقررة قانوناً
(وذكر الحكم في أول هذا السبب بأن الملكية لم تنتقل الى المشتري في هذه الدعوى الا في يوم
تسجيل العقد في ٨ يوليو سنة ٩٢٤ . وأما العقد الابتدائي الحاصل في ٢٠ مايو ٩٢٤ فانه لا يقرر
الملكية للمشتري : وأنه يجب الاعتماد على قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٩ الخاص بنقل الملكية
بالتسجيل في جميع الاحوال المتعلقة بنقل الملكية بما فيها الشفعة أيضاً : العاود الاول في الثالث الاخير
منه بالصفحة ٢٤٣ في عدد الجازيت المذكور). وحيث أن المشتري يقول بأن الشفيع عمل الانذار في
الوقت غير المقرر قانوناً ، اذ عمل انذار الشفعة بتاريخ ٥ يوليو سنة ٩٢٥ ، مع أن عقد البيع لم
يسجل الا في ٨ يوليو ٩٢٤ . وما دام أن هذا الانذار باطل فانه يترتب عليه أن اعلان الدعوى
الحاصل في ٢٦ يوليو سنة ٩٢٤ يستبر باطلاً ايضاً ، لانه جاء متأخراً ، ما دام أنه حصل بعد مضي
مدة ١٥ يوماً — وحيث أن هذا القول من جانب المشتري يستبر صحيحاً لو كان حق المطالبة
بالشفعة مقصوداً فقط على اظهار الرغبة . والحال على خلاف ذلك . لان اظهار الرغبة لم يخرج في
الواقع عن كونه مجرد تمهيد للمطالبة بحق الشفعة بحيث لا يجوز حيلته الخلط بينه وبين حق المطالبة
بالشفعة الحقيقي ، وهو المحصور في رفع دعوى الشفعة « ا . ثم قال الحكم في بقية أسبابه بأنه يجب
الرجوع في هذه الاحوال الخاصة باظهار الرغبة ورفع دعوى الشفعة الى المواد ١١٩ وغيرها من مرشد
الخيران ، وان طلب التقرر والاشهاد المنوه عنه بها هو نفس الانذار المقرر في نظام الشفعة الحاضر .

لا يعتبر مالكا الا من وقت تسجيل عقده ، وأنه لا يجوز رفع دعوى الشفعة ضده الا بعد تسجيل العقد . وأنه طالما أن العقد غير مسجل فلا يجوز رفع دعوى الشفعة قبله . وحجة هذا الحكم أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل . وطالما أن المشتري لم يصبح مالكا فلا يجوز الشفعة قبله . وأنه لا عبرة باظهار الرغبة في الاخذ بالشفعة قبل تسجيل عقد المشتري لان العبرة في الشفعة برفع دعوى الشفعة أن اظهر الرغبة المنوّه بالمادة ١٤ من قانون الشفعة هو نفس طلب التقرير والاشهاد المذكور بالمادة ١١٩ من مرشد الحيران لقدرى باشا

وانا لا نستطيع تأييد هذا الحكم للأسباب الآتية :

١ — ان القضاء المختلط لم يبين مطلقاً معنى الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل ، أى ما يترتب على عقد البيع قبل تسجيله . واكتفى بأن قال بأن الملكية لا تنتقل الى المشتري الا بتسجيل العقد . ولم يرجع الى روح المادة الاولى ولا الى الاعمال التحضيرية لها ولا الى مقارنتها بالمادة ٨٧٣ من القانون الالماني الصادر سنة ١٨٧٢ . لذا أصبح بحثه في هذا الشأن ظاهر النقص ولا محالة

٢ — لم يرجع القضاء المختلط الى أحكام الشفعة في النظام الحاضر باعتبار الشفعة حقاً من الحقوق القانونية المقررة الآن بالقانون المدنى ، وان هذا الحق خاضع للأصول القانونية العصرية سواء كانت مسنونة بالقوانين المجموعة ، أو كانت مستفادة من العلوم القانونية بالذات^(١) وعلى العكس من ذلك رأيناها يرجع لأحكام فقهاء الشريعة الاسلامية والى المادة ١١٩ من مرشد الحيران التى قررت طلب التقرير والاشهاد . مع أن الشفعة أصبحت الآن من النظم المدنية ولها أحكام خاصة مقررة بقانون خاص بحيث اذا ظهر نقص في هذا القانون انخلص أو غموض به فانه لا يجوز مطلقاً الرجوع الى مرشد الحيران ، بل يجب الرجوع الى الأحكام العامة المقررة الآن بمجموعة القوانين^(٢)

(١) انظر كتابنا فى الاموال ص ٦٤٩ ن ٤٥٤ وص ٧٠٣ الهامش ١ وص ٧٠٨ الهامش ١

وص ٧٠٩ الهامش ١ (٢) codes

أو الاستفادة بالذات من المواد الأخرى الواردة بهذه المجموعة
نعم وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية قرروا بأنه لا بد في الشفعة من طلبات
ثلاثة : طلب مواثبة ، وهو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فوراً (المادة ١١٨ من مرشد
الخيران) وفائده العلم بأنه غير معرض عن الشفعة ^(١) ، وطلب تقرير واشهاد ، وهو
أن يشهد الشفيع بأنه طلب ويطلب الآن الشفعة (المادة ١١٩ من مرشد الخيران)
وفائده قطع حجة المشتري إذا أنكر الطلب ^(٢) ، وطلب خصومة وتملك ، وهو طلب
المرافعة والخصومة والمرافعة عند القاضي (المادة ١٢٠ من مرشد الخيران) وتنتجته
التملك والأخذ ^(٣) : قلنا وإن كان الفقهاء قرروا هذه الطلبات الثلاثة وإن قانون
التسجيل أقر فيها طلب المواثبة وطلب التقرير والاشهاد بالمادة ١٤ التي قررت -
إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وطلب الخصومة والتملك بالمادة ١٥ التي قررت رفع
دعوى الشفعة في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان إظهار الرغبة . وإن كان ذلك
كله صحيح ، إلا أنه يجب أن لا يفوتنا هنا بأن قانون الشفعة قد جاء وقرر أحكاماً
خاصة بالشفعة دون غيرها واعتبرها نظاماً مدنياً بحتاً بصرف النظر عن مصدرها الأصلي
وهو آراء فقهاء الشريعة الإسلامية . فأصبح إظهار الرغبة محكوماً بقيود معينة ، وكذلك
دعوى الشفعة ، بحيث إذا لم تراعى هذه القيود بطلت الشفعة . ويجب الرجوع في
تقرير هذه القيود ووزنها وزناً قانونياً عصرياً إلى القانون المدني وقانون المرافعات وإلى
الأحكام العامة القانونية ، ولا يجوز مطلقاً الرجوع فيها إلى مصادرها الأولى .

٣ — ان إظهار الرغبة المذكورة بالمادة ١٤ من قانون الشفعة لا يحصل إلا إذا
حصل بيع وأصبح هناك بائع ومشتري ، أى حصل البيع وتقررت للمشتري حقوق بشأن
العقار . وأما قبل البيع فلا يجوز إظهار الرغبة . لان إظهار الرغبة ، سواء عند فقهاء
الشريعة أو بقانون الشفعة الحاضر ، شرط لازم لطلب العقد بالخاصة القضائية . أى

(١) كتاب المعاملات للاستاذ أحمد أبو الفتح بك ج ١ ص ٧٦

(٢) أبو الفتح بك ص ٧٧ (٣) أبو الفتح بك ص ٧٧

شرط قانونى لا بد من حصوله قبل رفع الدعوى . نعم وان كان من الجائز رفع دعوى الشفعة . دون أن يسبق الدعوى اعلان بالرغبة ، إلا أن ذلك موقوف على أن لا يكون رفع الدعوى حاصلًا بعد مضى ١٥ يوما المقررة لاطهار الرغبة . وعلى ذلك يكون القول من جانب القضاء المختلط بعدم اهمية اعلان الرغبة ، وان العبرة بدعوى الشفعة ، قول لا يؤيده فقهاء الشريعة ، ولا يؤيده قانون الشفعة . أمّا قانون الشفعة فالامر ظاهر . وأما فقهاء الشريعة فلأنهم اشترطوا فى الشفعة ثلاث طلبات وهى الطلبات المتقدمة ولم يستغنوا عن واحدة منها والاكتفاء بالآخرين ، الا فى طلب التقرير والاشهاد ، اذ قالوا بعدم الحاجة اليه اذا حصل طلب الموائبة وقد اشهد عليه الشفيع على البائع أو على المشتري (المادة ١١٩ من مرشد الخيران) وقال محمد وزفر بان المدة الفاصلة بين طلب التملك والمخاصمة ، وطلب التقرير والاشهاد ، مقدرة بشهر^(١)

وانا مهما قبلنا رأى القضاء المختلط بان احلناه لاحكام الشريعة أوردجنا فيه الى قانون الشفعة ، فلا نراه فى الحقيقة يتفق مع واحد منها . واذا اضفنا الى ذلك أن هذا القضاء لم يتعرض لاحكام التسجيل الجديد ولما يستفاد من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد ، أى لما يترتب من الحقوق عن العقد غير المسجل ، ولا للاحكام المقررة فى الشفعة باعتبارها نظاماً مديناً خاضعاً لاحكام القوانين المسنونة والعلوم القانونية المصرية ، علمنا وقتئذ مبلغ بعد الحكم الذى نحن بصدده عن احكام الشفعة المدنية وعن احكام التسجيل الجديد . ونأمل من جانبنا نحن أن يناقش القضاء المختلط وجهة نظرنا هذه لنعرف ما فيها من قوة أو ضعف . ورجبتنا المنشودة ان تستقر المذاهب القانونية ، وعلى الاخص فى مظهر عملى من أكبر المظاهر العملية ، وهو الشفعة ، حتى لا يعثر بها الاضطراب ولا يضر الافراد فى حقوقهم المقررة.

٢) أثر العقد بالنسبة للخير

٢٣ — اتفقنا من باب أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين في عهد القانون المدني وفي عهد قانون التسجيل . والآن نبين أثر العقد خارج منطقة المتعاقدين ، أى أثره بالنسبة للغير . ويتناول القول هنا أيضاً القانون المدني وقانون التسجيل الجديد

١ — أثر العقد بالنسبة للخير

في عهد القانون المدني

١ تمهيد تاريخي

٢٣ مكرر — لا بد ان تحاط المعاملات بين الافراد بأنواع مختلفة من صنف الضمانات أى وسائل الاحتياط حتى يعلم المتعاقدان ما يحف الواحد قبل الآخر من ظروف الثقة أو شبهات المخاوف والمخاطر . ولا يتسع مجال التعامل ، وينطلق فيه الناس الى أبعد مدى ، بما فيه نمو للمدنية من رواج في المعاملات وانتقال الحقوق من أيد الى أيد ، الا اذا اطمأن العاقدان كل فيما ينقرره من الحق الناشئ عن التعاقد . وربما دلت طبيعة التعاقد للزم قانونا ، وعلى الاخص في حالة البيع ، ان هم القائم بالتشريع في كل بيئة وصنع على عمر الازمان وتوالى الاحقاب ، انما ينصرف الى حماية المشتري وتوكيد حقه الذي يقرره على المبيع ، أى تثبيت الملكية لديه وهى التى انتقلت اليه بالتعاقد القانونى الملزم وهو البيع . وقد تطرأ تعديلات وتغييرات عدة على وسائل حماية المشتري (وبوجه عام حماية العاقد الذى يرمى الى اكتساب حق عيني منقول ، وعلى الاخص حق عيني عقارى) فينساق الشارع في سبيل التحوير بما يلتزم مع الضرورات العملية المعروفة في عصره . ولعل القانونيين يذكرون مبلغ الحيلة التى عول عليها الرومان في عهدهم التشريعى الاول ، عهد الطفولة التشريعية ، وما قرروه

بشأن بيع الاشياء النفيسة^(١) من اقامة حفلة للتبايع يجتمع فيها خمسة أشخاص يمثلون طوائف الشعب الروماني ، والبائع والمشتري والميزان وقطع المعادن ، وعصا الميزان ، ومن الالفاظ المعينة التي يلزم كل من المشتري والبائع النطق بها علناً على مسمع من الجمع المحتشد ، بحيث ما كان التعاقد القانوني الملزم الا بعد أن تتوافر هذه العناصر المختلفة من أشخاص وألفاظ وإشارات . وإذا ما تم ذلك كله نودي وقتئذ بالمشتري مالكا . وعلى هذا الاعتبار ما كان للبائع أن يفكر في بيع الشيء نفسه مرة ثانية الى مشتر ثان اضراً بالاول ، لما في ذلك من ذبوع أمر البيع الاول وما حوته حفلة البيع من اعلان واخبار لدى الكافة ، وعلى الاقل لدى أهل الصقع الواحد ، والناحية المعينة ، فلا يجوز حينذاك البائع الاول على البيع ثانياً ، ولا المشتري الثاني على التقدم لشراء صفتة تمت من قبل

والذي يتبين من ذلك ان هذه المظاهر في تقرير الالتزامات وتقل الحقوق المعينة منقولة كانت أو عقارية ، انما هي شكل من اشكال العلانية وامارة من امارات الاعلان واخبار الغير بما يحيط الشيء المبيع من التصرفات السابقة . وفي ذلك ضمان كاف في حماية حقوق الغير ، ذلك الغير الذي ربما يكون مشترياً ثانياً أو أى حامل من حلة الحقوق العينية ، وعلى الاخص منها الحقوق العقارية

وقد تحررت المنقولات من زمن بعيد من قيود الاوضاع الشكلية وأصبحت الملكية تنتقل فيها بمجرد نقل الحيازة . أى أن الحيازة أصبحت قرينة على ملكية الحائز . ولذا تقررت هذه القاعدة الشهيرة وهي قاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » ورجع فيها الى الاعتبارات العملية والضرورات المستفادة من روح المعاملات^(٢) ولا يؤخذ بها الا اذا كان الحائز حسن النية ، أى لا يعلم بالعيب الذي يشوب يد الحائز المملك له ، والا فلا تحمي القاعدة

(١) res mancipi (٢) انظر كتابنا في الاموال ص ٥٩٣ ن ٤١٠ وما بعدها —
وانظر ايضا ص ٨٠٧ ن ٥٦٢ وما بعدها

أما العقارات وانتقال الحقوق فيها وتعديلها وانقضاءها فقد مرت بأدوار مختلفة كان يعمل فيها الشارع على حماية الغير، وهو الذى يريد أن يقرر له حق عيى عقارى ويريد التأكد من خلو العقار من الشوائب العينية المتوقعة عليه . وفى ذلك شطرت أراضى فرنسا الى شطرين : شطر خضع لمعادات الضمان العيى ، أى القيد بالسجل المعد لاثبات ملكية الاشراف والنبلاء . وشرط خضع لمادة التملك من طريق المناذاة بما يحكى المناذاة فى حالة الزواج^(١)

٢٤ — وفى سنة ١٦٧٣ فى عهد « كولبير » وضع نظام لاشهار الرهن العقارى الرسمى . ثم تقرر بعد ذلك اشهار التبرعات بالنقول أو العقار . وجاء قانون مبسود سنة ثلاثة وقرر اشهار الزهون الرسمية ، وأيده فى ذلك قانون برومير سنة سبعة . ولما همت فرنسا فى وضع قانونها المدنى العالمى سنة ١٨٠٤ انقسم محضروه الى قسمين : قسم يأخذ بالاشهار والعلانية ، بحيث لا تصح التصرفات قبل الغير الا اذا كانت مسجلة أو مقيدة . وقسم يرى عدم الخضوع لذلك . وتغلب الرأى الثانى على الأول . وأخيرا صدر قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ وقرر بفرنسا أصول التسجيل الشخصى المعمول به فى مصر من سنة ١٨٧٦ مختلطاً ومن سنة ١٨٨٣ أهلياً ، وتقررت قاعدة صحة العقد بين الطرفين بمجرد الاتفاق عليه ، وعدم صحته قبل الغير الا بالتسجيل . أى يعتبر العقد صحيحاً وغير صحيح فى آن واحد

٢٥ — والغرض الذى ينشده الشارع هنا وهناك من عملية التسجيل هو اخبار الغير بما يشوب العقار ، الذى يريد أن يمتلكه أو يقرر له عليه حق عيى عقارى ما ، من الحقوق العينية التى ربما تكون قد ترتبت عليه قبل هذا التصرف الجديد وما دام أن التسجيل يستحيل فى الواقع الى اخبار وعلان الغير فلا يعول حينئذ على هذا التسجيل ، اذا كان الغير سبى النية ، أى يعلم بسبق التصرف ، وكان متواطئاً مع البائع الاول على سبيل التعمد فى الحاق الضرر بالمشتري الثانى

وقد أثارت عبارة سوء النية نائرة الشرائع والقضاء والفقه وذهبت فيها مذاهب مختلفة من حيث التعرف على كيانها والعناصر المكونة لها . فمن قائل بأن سوء النية هو مجرد علم المشتري الثانى بسبق التصرف فى العقار (نذكر هنا عقد البيع من طريق تبسيط النظرية ، والقاعدة عامة بشأن جميع العقود الخاصة بانتقال الحقوق العينية العقارية أو تعديلها الى آخر ذلك مما هو معروف) . ومن قائل بأن سوء النية هو التواطؤ أى الاتفاق التديلى بين المشتري الثانى والبائع . ومن قائل أخيراً بأنه التبايع الصورى ، وهو الذى لا يقر حقاً ولا ينشئ حقاً ولا ينتضى به حق

٢٦ — وانا نبغى هنا أن نبسط هذه النظريات المختلفة وأوجه الخلاف فيها تشريعاً وقضاءً وقهاً هنا وهناك ، حتى نقف على حقيقة هذه النظرية وعلى الوجه الأصح الذى يجب الأخذ به فى مصرنا . وإذا ما انتهينا من ذلك عرجنا على قانون التسجيل الجديد لنعرف مبلغ مركز النية فيه ، وهل قضى على الخلافات القائمة فيها ، أم أبقى باب الاخذ والرد مفتوحاً على مصراعيه فى بعض مناحبها . وسنرجع فى ذلك الى الأعمال التحضيرية على اختلاف أنواعها من أعمال رسمية^(١) وأعمال غير رسمية^(٢) ولنبدأ الآن بنظرية النية فى عهد القانون المدنى ونطوف عليها فى كل بيئة علمية أو عملية نبئت فيها ، حتى نتعرف مبلغ ما أصابت من اضطراب وتشاد بين أوجه النظر المختلفة

(١) وهى محاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت قانون التسجيل ، والمذكورة الايضاحية التى وضعها المستشار برناردى والمشروعات الخاص أولها بتوحيد أعلام التسجيل بمصر ، وثانيهما بالسجلات المقارنة بمصر

(٢) وهى محاضرة المستشار برناردى المنشورة بمجلة مصر الحديثة بالجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ وهى الاخير الصفحة ٢٠١

ب — النية والتسجيل

في عهد القانون المدني

٢٧ — لما كان القانون المصرى الموضوع سنة ١٨٧٦ وسنة ١٨٨٣ مأخوذاً عن قانون التسجيل الفرنسى للموضوع سنة ١٨٥٥. ولما كان التشريع البلجيكي الموضوع سنة ١٨٥١ هو أول تشريع وضع باوروبا بشأن العلانية من طريق التسجيل ، لا نرى بدا من أن نشير هنا بالقدر الضرورى الى هذه الشرائع المختلفة ، لما لها من الصلة الاكيدة بالتشريع المصرى . وبيان ذلك :

§ ١ — النية والتسجيل فى القانون البلجيكي

٢٨ — أول قانون صدر بقارة أوروبا فيما يتعلق بالتسجيل هو القانون البلجيكي الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١، وقررى المادة الاولى منه ماأتى : « جميع العقود المفقودة بين الاحياء سواء كانت بغير مقابل أو بمقابل وناقلة أو مقررة لحقوق عينية عقارية غير الامتيازات والرهونات يجب تسجيلها بنقلها برمتها بسجل خاص معد لهذا الغرض بقلم حفظ الرهونات بالمنطقة الموجود بها العقار . ولغاية وقت التسجيل لا يجوز الاحتجاج بهذه العقود ضد الغير الذين يكونون تماقدوا بدون غش وتدليس »^(١) والمعنى المقصود من هذه العبارات الاخيرة « بدون غش وتدليس » وهى لأول مرة تقررت فيها نظرية سوء وحسن النية فى عملية التسجيل . ان العقد المسجل المشوب بالتدليس لا ينفذ على الغير الذى حاز حقاً عينياً على العقار وسجل عقده بعد العقد هذا المشوب بالتدليس

٢٩ — وعلى ذلك ما هو سوء النية ، وهو سوء النية الذى يضيع على العقد المسجل قبل العقود الاخرى ، قوته القانونية ، فيجعل العقود الاخرى المسجلة بعده مفضلة عليه ؟ أجاب على ذلك القانون البلجيكي بان سوء النية المضيع للعقد بالنسبة للغير ، هو الغش

أو التدليس . وليس المراد بهما الغش أو التدليس من جانب البائع وحده بل الغش والتدليس من جانب البائع والمشتري معا ، أى التواطؤ التدليسى بين الطرفين^(١)

٣٠ — ويترتب على ذلك ان مجرد العلم البسيط من جانب المشتري بنية الغش لدى البائع لا يكفي للقول بان هناك سوء نية بالمعنى القانونى الصحيح . لان مسألة العلم مسألة نفسانية ترجع للنفس ، ومن الصعوبة بمكان الالمام بها والتدليل عليها ، لاختلاف مصادر العلم وتباين قوة الثقة بها . وأما العلم الاكيد الذى تجب المؤاخذه به المؤاخذه القانونية الصحيحة ، فهو العلم الناشئ عن التسجيل . واذا أتيح الاخذ بمجرد العلم فكأنه لا قيمة للتسجيل من حيث العلم ما دام باب العلم بسبق التصرفات مفتوحا ويمكن تحصيله بغير التسجيل . وبذا يفقد التسجيل أهم غرض من الاغراض المرجوة من انشاءه^(٢) وعلى ذلك لا يعتبر غشاً وتدليساً بمعنى المادة الاولى من قانون التسجيل البلجيكي ، وهو ما يجب الاخذ به بوجه عام فى المجالات القانونية العلمية ، مجرد حصول الغش من البائع ، فى أنه يريد بالتصرف الثانى الحاق الضرر بالمشتري الاول . وكذلك لا يعتبر غشاً وتدليساً مجرد علم المشتري بنية البائع ، دون أن يكون مشتركاً معه فى الغش والتدليس ، أى دون أن يكون متواطئاً معه على الغش . فالتواطؤ وحده ، أى الاتفاق التدليسى ، هو المبطل للعقد الثانى المسجل قبل العقد الاول . وهذا التواطؤ ليس حينئذ مجرد العلم البسيط ، انما هو « العلم الموصوف »^(٣) أى الاتفاق التدليسى^(٤) وهو الغش^(٥) بذاته

§ ٢ — النية والتسجيل فى القانون الفرنسى

٣١ — صدر القانون البلجيكي سنة ١٨٥١ . وصدر بعده القانون الفرنسى سنة

(١) concert frauduleux (٢) انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٣٠٠ و ٣٠٢

(٣) connaissance qualifiée (٤) concert frauduleux (٥) fraude

١٨٥٥ ، أى بعده بأربع سنوات، ولم ينقل بمادة من مواده عبارة « الغش والتدليس »^(١) الواردة بالمادة الاولى من القانون البلجيكي . ولكن هل يترتب على عدم نقل هذه العبارة ، أنه يجب الاخذ بمجرد العلم البسيط ، غير العلم الموصوف ، لاجل ابطال مفعول العقد الثانى المسجل قبل تسجيل العقد الاول ؟ أجاب على ذلك القضاء والعقده الفرنسيان بأنه يجب الاخذ بالتواطؤ فى ابطال العقد المسجل أولاً ، وأنه يجب عدم الاخذ مطلقاً بمجرد العلم البسيط . وحجة هذا المذهب الصحيح الذى تؤيده الآن كما أيدناه من قبل^(٢) هى ما يأتى :

(١) ان من شأن الاخذ بمجرد العلم البسيط خطراً يحدق بالمعاملات ، لان العلم بسبق التصرف من المسائل النفسانية كما ذكرنا ، والتدليل عليها محفوف بالخوف والمخاوف (٢) ان التسجيل قد جاء وقضى على هذا العلم البسيط . وأصبح تحصيل العلم لا يكون الا من طريق التسجيل . ولو أبيع اثبات العلم بغير طريق التسجيل لعادت المخاوف الاولى وفات الغرض الاول من أغراض التسجيل

(٣) ان العلم من الجانب الواحد من أحد الطرفين لا يعيب العقد الثانى للمسجل أولاً ، انما الذى يعيبه التواطؤ ، أى الاشتراك التدليسى ، أى العلم الحاصل من الطرفين من طريق الاتفاق على تعمد الاضرار بالمشتري الاول^(٣) وهذا هو نفس العلم الذى يشترط فى المشتري من البائع الذى يتصرف فى أمواله اضراراً بدائنية ، أى العلم فى دعوى الابطال^(٤) وهو ذلك العلم الذى يجعل المشتري « يلم بحقيقة حال البائع » والذى يكون من شأنه تحقق وقوع الجريمة المدنية ، وهى جريمة التصرف اضراراً بالدائن . ولا يكون كذلك الا اذا حصل اشتراك فعلى بين الاثنين ، أى تواطؤ بقصد الاضرار

(١) fraude (٢) كتاب الاثبات لنا ج ٢ من ٢٩٨ — ٢٢٣

(٣) انظر « بارد » فى الالتزامات مجموعة بودرى المطول ، ج ١ من ٦٧٨ ن ٦٦٧

ف ٢ — النقص الفرنسى فى ٢٢ يونيو ١٩٥٥ ، د ، ١ ، ٩٥ ، ٤٨٦ . بالتدكت ، ٩٦ ، ١ ، ٩٢

action révocatoire (٤)

بالدائن (١)

وبرى « ليون كان » أن الاساس القانونى الذى يعتمد عليه فى الحكم بصحة العقد الاول هو المادة ١٣٨٢ مدينى فرنسى (المقابلة للمادة ١٥١/٢١٥ مدينى مصرى) وهى التى تقول بأنه يجب على كل شخص أصاب آخر بضرر أن يعرضه عن هذا الضرر . وذلك لان المشتري الثانى ملزم بتعويض الضرر الذى أصاب المشتري الاول . نعم ولو أنه جرت العادة أن يكون التعويض تقدماً من الدراهم ، الا أنه لا يوجد بالقانون ما يمنع الحكم للمشتري الاول بصحة عقده بمثابة تعويض له ، أى باعتبار عقده سليماً كما كان قبل شراء المشتري الثانى (٢)

وقد لاحظ صاحب هذا الرأى احتمال اعتراض يوجه اليه فى تقرير هذا الرأى ، وذلك بأنه ربما لا يحكم للمشتري الاول بتأييد عقده وصحته ، باعتبار أنه لم يخرج عن كونه دائئاً عادياً للمشتري الثانى . ومتى كان كذلك جاز لبقية الدائنين لهذا المشتري الثانى أن يزاحمو المشتري الاول فى هذا التعويض وأن يقاسموه اياه . أى أنهم يعطون عليه مزية الحصول على حكم يقضى بتحقيق أمنيته فى القضاء بصحة عقده باعتبار أنه لا يوجد مبرر يميزه عنهم ، وأنه لاحق لاوليته عليهم وقت المزاومة القانونية

ولكن « بارد » يسارع الى الرد على هذا الاعتراض بأنه لا محل للاعتراض ، لان دائنى المشتري الثانى لا يملكون أكثر مما يملكه هو . وبما أنه لا يملك حق الطعن على العقد الاول بسبب عدم تسجيله قبل عقده ، فكذلك دائنوه (٣) وفى الحقيقة ان الدائنين لا يملكون الحق فى الطعن على عقد المشتري الأول لانهم من طبقة الخلف العام ، فما يملكه هو يملكونه هم ، وما خرج عن ماله خرج بطبيعة الحال عن مجموع

(١) النفى الفرنسى فى ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٠ ، د ، ٩٥ ، ١ ، ٤٨١ — كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ من ٣٠٧ — راجع كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ، ص ٣٤٢ ن ٣٣٦ (٢) تعليق « ليون كان » على حكم النفى الفرنسى فى ٢٧ نوفمبر ١٩٣٩ س ١٩٤ ، ١ ، ٣٥٨ — (٣) بارد فى الالتزامات ج ١ من ٣٩٦ ن ٤٤٠

ضماناتهم^(١)

٤) أجاز القانون الفرنسى الهبة المؤقتة^(٢) (المواد ١٠٤٨ — ١٠٧٤ مدنى فرنسى) وذلك أنه أجاز للمالك أن يهب ملكه بعضاً أو كلاً لولد واحد أو أكثر من أولاده أو لأخ أو أخت من اخوته وأخواته على شرط أن الموهوب له يسلم الملك الموهوب الى ابن الموهوب له بعد ولادته. وهذه الهبة المؤقتة هى استثناء للقاعدة الواردة بالمادة ٦٩٦ مدنى فرنسى القائله بعدم جواز الهبة المؤقتة والتي يكون الغرض منها تسليم الموهوب فيها بعد لشخص آخر . ولما كانت الهبة هذه من شأنها نقل الحقوق العينية العقارية من يد المالك الاصلى الى يد أخرى ، وجب بطبيعة الحال ، أن تخضع لقيود التسجيل ، أى أنها لا تكون حجة على الغير الا اذا تسجلت (المادة ١٠٦٩ مدنى فرنسى) ولكن القانون الفرنسى قرر بالمادة ١٠٧١ القاعدة الآتية الهامة وهى : « عند عدم التسجيل لا يمكن الرجوع الى مجرد علم الدائنين والغير الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار الموهوب ، ولا يثبت العلم الا من طريق التسجيل »

ويرى الفقه بفرنسا^(٣) وقضاؤه أيضاً^(٤) أن ينزها الشارع الفرنسى على أن يقرر عدم الاخذ بمجرد العلم البسيط فى حالة الهبة هذه ، ثم الاخذ به فى حالة التصرفات خلاف الهبة . نعم ولو كنا نلاحظ نحن أن المادة ١٠٦٩ مدنى فرنسى وضعت سنة ١٨٠٤ وأن قانون التسجيل وضع سنة ١٨٥٥ ، الا أنه يجب أن تتمشى على القانونين روح الانسجام ، والا اضطربت القواعد القانونية ، وحف بها الشك من كل جانب

(١) اثبات الالتزامات لناسج ٢ ص ٣١١ . — قانون تصرفات الوارث الظاهر ، الاموال لنا ص ٨٤٧ ن ٤٨٤ . — انظر الالتزامات لنا ص ١٦٩ ن ١٨٠ . — جرائم ولان فى التأمينات

ص ٢٥٦ ن ٨٨٦ (٢) Substitutions fideicommissaire

(٣) كولين وكاتبان ج ١ ص ٩٥٨ الطبعة الاولى ٩١٤ وص ٩٦٨ الطبعة الثانية ٩١٩

(٤) النقص الفرنسى فى ٢٢ أكتوبر سنة ٩٩ ص ١ ، ٤٤٦

§ ٣ — النية والتسجيل في القانون الإيطالي

٣٢ — فعل القانون الإيطالي (المادة ١٩٤٢ مدني) كما فعل القانون الفرنسي فإنه لم ينقل هو الآخر عبارة الغش والتدليس الواردة بالمادة الأولى من القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ . وبسبب عدم ورود هذه العبارة بالقانون الإيطالي حكمت محكمة النقض بروما سنة ١٩١١ وأيدها رجال الققه هناك ، بأنه مع وجود التواطؤ بين المالك والمشتري الثاني فإنه يجوز مع ذلك لهذا الأخير أن يطلب ابطال العقد الاول لعدم تسجيله . وكل ما يستطيع المشتري الاول عمله هو أن يرفع دعوى ابطال تصرفات المدين ضد المشتري الثاني . فاذا نجح المشتري الثاني في ابطال عقد المشتري الاول لعدم تسجيله أصبح المشتري الاول دائماً ، فله هو الآخر حق رفع دعوى الابطال باعتبار أن عقد المشتري الثاني هو عقد تهريب أريد به الاضرار بدائنيته . فاذا طرد المشتري الاول من باب التسجيل دخل الى حقه من نافذة دعوى الابطال (١)

٣٣ — وانا لا تقر مذهب النقض الإيطالي في هذا الرأي الذي تعددت به وسائل دخول وخروج المشتري الاول . ونرى أن الأوجه في ذلك كله الأخذ بما قرره « ليون كان » تعليقا على حكم محكمة النقض الفرنسي الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ٩٣ المتقدم ذكره ، وذلك ان المشتري الثاني يعتبر مخطئا ، وانه بناء على ذلك يجب عليه تصحيح خطئه . وأقرب السبل في التصحيح ، هو التصحيح العيني ، أي ترك العقار تحت يد المشتري الاول ، واعتبار عقده نافذاً على هذا المشتري الثاني ، ولو أن هذا الأخير قد سجل قبله ، ما دام قد كان متواطئاً مع البائع اضراراً بالمشتري الاول الذي سجل أخيراً (ونؤيد رأينا هذا بما سبق أن قررناه بكتابنا في الاموال

(١) مجلة مصر المصرية المجلد ١٠ ص ٤٠٨ لقول وضعه الاستاذ كلديمنوس الهامي بالهاكم المختلطة ص ٣٨٨ — ٤١٩

وبكتابنا في الالتزامات فيما يتعلق بالوارث الظاهر^(٢) من حيث خطئه في التغييب عن محل فتح الحركة وعدم المطالبة بحقوقه الوراثية ، الامر الذي يرتب عليه تسرب الخدعة الى الغير حسن النية^(١)

٤ — النية والتسجيل في القانون المصري

٣٤ — رأينا فيما تقدم المعنى المحدود من « سوء النية » بالقانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ وهو المعنى الذي ينصرف الى « التواطؤ التدليسي » . ورأينا كيف أن القضاء والفقه الفرنسيين فسر اسكوت الشارح الفرنسي سنة ١٨٥٥ عن نقله لعبارة « الغش والتدليس »^(٣) الواردة بالمادة الاولى من القانون البلجيكي ، وقررا بان سوء النية انما ينصرف الى التواطؤ التدليسي ، وانه لا يصح الاخذ بمجرد العلم البسيط . والا فما كانت هناك فائدة من وضع قاعدة التسجيل ليكون التسجيل أداة في تحصيل العلم ، وانه لا يصح تحصيله الا من هذا الطريق ، ومن طريق التسجيل فقط . ثم رأينا كيف ان الاستاذ « ليون كان » في تأييده لمذهب « التواطؤ التدليسي » قد استعان بالمادة ١٣٨٢ مدني فرنسي المقابلة للمادة ١٥١ مدني أهلي و ٢١١ و ٢١٢ مدني مختلط ، في تقرير الحكم بصحة العقد الاول المسجل بعد تسجيل العقد الثاني المشوب بسوء النية

والآن وقد ألمنا بحركة نظرية « سوء النية » ومبلغ ادوارها في التشريع الاوروبي وفي الفقه والقضاء الفرنسيين ، وفي القضاء الايطالي بحكم النقض الايطالي الصادر سنة ١٩١١ نرى ضرورة استعراض نظرية « سوء النية » هذه على ضوء التشريع المصري ثم فقه وقضائه ، وعلى الاخص القضاء المختلط ، لما له فيها من الآراء المتباينة

المبحث الأول : النية والتسجيل

. في القانون المصري

٣٥ — وضعت المادة ٣٤١ مدني مختلط سنة ١٨٧٥ وهي الخاصة بحسن النية وسوئها عند تعارض عقدين مسجلين في تاريخين مختلفين بشأن عقار واحد وصادرين من مملك واحد . ووضعت المادة ٢٧٠ مدني أهلي سنة ١٨٨٣ وتقلت برمتها عن المادة المختلطة حرفاً بحرف ، ما عدا الجزء الأخير من المادة المختلطة ، وهو الجزء الخاص بضرورة اعلان المدينين بانتقال الحقوق من الدائنين الى الغير . ووضع النص العربي بالنسخة الاهلية أخذاً عن النص العربي بالنسخة المختلطة . والنص العربي الواحد للمادتين هو ما يأتي : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه ^(١) الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » ^(٢) وبمقارنة النص الفرنسي مع النص العربي نرى أن المترجم للنص الفرنسي ترجم العبارة الخاصة بالغير حسن النية ^(٣) بهذه العبارة الآتية : « وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » وهذه الترجمة العربية معينة قد تدخل الاضطراب الى القضاء الاهلي في تقرير حسن النية . وكان الاجدر بالمترجم أن يخرج العبارة الفرنسية الى العربية هكذا : « وكانوا حسنى النية » ولما كان النص العربي يخالف النص الفرنسي المختلط والاهلي رأينا أن نبين هنا ما قام من الخلاف بشأن تقرير نظرية حسن وسوء النية فيما يتعلق بالتسجيل ، بالقضاء المختلط أولاً ثم بالقضاء الاهلي ثانياً

(١) النية والتسجيل في القضاء المختلط

٣٦ — قلب هذا القضاء في هذا الشأن تقلبات مختلفة :

اذ تارة يقضى بأن الغرض من حسن النية إنما هو انتفاء التعاقد الصوري ^(٤)

(١) tiers (٢) tiers qui sont de bonne foi

(٣) tiers qui sont de bonne foi (٤) استثناف م ٣٠ ابريل ٩٠ م ت

ق ، ٤٠٦ — وانظر الاحكام المديدة بالهامشي ٢ من كتابنا في اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٣١٤

وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به

وطوراً يقضى بأن سوء النية هو مجرد العلم البسيط ، وعلى ذلك يبطل العقد بمحصله^(١) ويقول بأن مجرد العلم هنا هو غير التواطؤ المطلوب في دعوى الإبطال وأنا يقول بأن سوء النية هو التواطؤ أى الاتفاق التدليسى ، أو العلم الموصوف . وعزز رأيه بالفقه والقضاء الفرنسيين ، وبالاصول القانونية العامة^(٢) وأنا آخر يرجع لمجرد العلم البسيط^(٣) وقد أقام هذا الحكم قيامه زعماء الفقه بمصر وألح محررو مجلة م ت ق^(٤) على ضرورة استفتاء دائرة اللوائح المختلطة في هذا الامر المضطرب

وأخيراً رأى هذا القضاء أن يستقر على رأى واحد فاختار التواطؤ وجعله أمانة . على سوء النية ومظهره^(٥) وعندنا أن هذا الرأى هو أصح الآراء . واعتادنا في ذلك على ما أثبتنا به من الأدلة والحجج بشأن هذه النظرية ، بفرنسا وبلجيكا كما مر بيانه

٢) النية والتسجيل والقضاء الاهلى

٣٧ — أخذ القضاء الاهلى أولاً بان سوء النية هو مجرد العلم البسيط^(٦) ثم عدل عن ذلك وأخذ بالتواطؤ^(٧)

المبحث الثالث : النية والتسجيل والفقه المصرى

٣٨ — يرى أغلب رجال الفقه المصرى الأخذ بالتواطؤ^(٨)

(١) ٢٤ نوفمبر ١٩٠٤ م ت ق ، ١٧ ، ٢٥ (٢) ٦ مايو ١٩١٣ ، ٣٥٦ — ٢٩ يناير ١٩١٤ ، ٢٦٠ ، ١٩٤ (٣) ١٢ يناير ١٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ١٢١ . — جازيت ١٠ من ١٤٥ رقم ٢٠١ (٤) B. L. J. (٥) ١٠ فبراير ١٩٢٥ جازيت ١٥ من ٢٥٠ رقم ٣٧٧ (٦) المجموعة الرسمية ٢ من ٢٣ (٧) استئناف أهلى فى ١٢ مايو ١٩١٠ م ر ٧٠١ من ٢٢٩ رقم ١١٢ (٨) جرائع لولان فى التأمينات من ٢٥٦ ن ٨٨٦ — دى مجلس ج ٣ من ٤٦٠ ن ٩٠ — انظر عكس ذلك الحلالى بك فى البيع من ٢٨٥ ن ٤٥٥ وما بعدها

٢ — النية والتسجيل

في عهد قانون التسجيل الجديد

١ — مواطن النية بقانون التسجيل

٣٩ — رأينا كيف ثارت ثائرة الآراء المختلفة بشأن سوء النية ، ومتى يعتبر أن هناك سوء نية . وإن الرأى استقر بوجه التقريب ، على اعتبار سوء النية هو التواطؤ ، أى الاتفاق التدليسى

ولما كان الشارع المصرى يرمى بادى ذى بدء بقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ الى أن يمهّد العمل للاخذ بنظرية السجلات العقارية ، رأى من الضرورة أن يقرر بأن الملكية لا تنتقل بين الطرفين ، ومن باب أولى بالنسبة للغير ، الا بالتسجيل . وورد بالمذكرة الايضاحية أنه أراد بذلك حسم المنازعات القائمة بشأن حسن النية وسوئها . وقالت فى ذلك ما يأتى : « ولهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هذا الموضوع لكلمة غير المتعاقدين ^(١) والقيد الوارد بعدها فى المادتين ٧٣٧ و ٧٤٢ من القانون المدنى المختلط القائل « من يدعى حقاً عينياً » أو « له حقوق على العقار وحفظها بموافقة القانون » وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية » ^(٢)

وقرر المستشار « برناردى » واضع مشروع القانون ومحرر المذكرة الايضاحية ، بمحاضرته ^(٣) بأن المادة الاولى من قانون التسجيل قد أجهزت على الخلافات التى كانت معروفة بشأن حسن النية وسوئها . أى أنه لا محل للقول بحسن أو سوء نية المشتري الثانى الذى سجل قبل المشتري الاول . ولكنه استثنى من ذلك عقد المشتري

(١) tiers (٢) مجلة الهامة ٣ من ٤٦٠ العامود الاول . — الجزيئ ١٣ من ٨٣ فى آخر العامود الاول وفى أول العامود الثانى

(٣) المنشورة بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ من ١٧٣ — ٢٠٨

الثانى المسجل قبل تسجيل عقد المشتري الاول ، اذا حصل هذا العقد الثانى من طريق التواطؤ بين البائع والمشتري الثانى^(١)

هذا هو ما يتعلق بالمادة الاولى من قانون التسجيل وهى المادة الخاصة بالعقود المنشئة للحقوق العينية العقارية . ومن ذلك يرى أن الشارع لم يشأ أن يذكّر بهذه المادة الاولى عبارة تشير الى سوء النية والى المقصود من سوء النية . ولكن الاعمال التحضيرية الرسمية وغير الرسمية قد أوضحت هذا السكوت وفسرته بما رأيناه الآن

٤ — على أن الشارع فى قانون التسجيل الجديد لم يشأ من طريق آخر أن يلتزم الصمت فيما يتعلق بسوء النية فى كل موطن من مواطن مظان وجودها . ذلك أنه لما جاء دور التشريع للعقود المؤيدة لحقوق عينية عقارية مقررة من قبل بين المتعاقدين ، أى للعقود السكشنة^(٢) اضطر الشارع الى ضرورة الاشارة الى سوء النية بالمادة الثانية من قانون التسجيل . وصاغ هذه المادة بالصيغة الآتية « يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : (أولاً) العقود والاحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى المشار اليها فى المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية (ثانياً) الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالفات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً — فإذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس^(٣) غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الاجارة الى تسع سنوات اذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد مادفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنين » اهـ

٤١ — فى مسألة الملكية على الشيوع تعتبر القسمة الحاصلة بين المالكين على المشاع مؤيدة لحق الملكية المقرر من قبل لكل مالك شائع . وعقد القسمة هذا اما أن

(١) محاضراته المذكورة ص ٢٠١ (٢) actes déclaratifs

(٣) s'ils sont entachés de fraude

يكون غير مسجل واما أن يكون مسجلاً . فإذا كان غير مسجل فهو حجة على المالكين على الشيوع أيضاً . لانه لم يكن من شأن القسمة خلق حق جديد لم يكن موجوداً من قبل للمالك على الشيوع . ولهذا السبب لا يخضع عقد القسمة للتسجيل الجديد لاجل نقل الملكية بين المالكين على الشيوع ، لانه لا يدخل ضمن أحكام المادة الاولى الخاصة بانشاء الحقوق العينية العقارية . وعلى ذلك لا عبرة بتسجيل عقد القسمة أو عدم تسجيله بالنسبة للمالكين على الشيوع . انما يجب التسجيل لاجل أن يكون عقد القسمة حجة على الغير . فإذا لم يتسجل عقد القسمة فلا ينفذ على الغير (وقد اخترنا هنا مثل القسمة لسهولة عرض الاشكال القانوني . لان في الصور الاخرى خلاف القسمة اشكالات وصعوبات قانونية لا محل لها الآن . وسيأتى بياناتها في ابحاث أخرى مستقلة) وربما كانت مسألة القسمة هذه أثراً من الآثار الباقية لقاعدة التسجيل القديم في أن المقد نافذ على الطرفين بلا تسجيل ، وأن التسجيل انما شرع للغير فقط . قلنا اذا تسجل عقد القسمة أصبح نافذاً على الغير . ولكن الشارع احتاط في حكمه بالمادة الثانية المذكورة حيث قرر بأن نفاذ التسجيل على الغير في هذه الحالة مقود بشرط هام وهو شرط عدم تطرق التدليس اليها . بمعنى أنه اذا تعاقد المالكان على الشيوع على تقسيم العقار وعلى المسارعة في تسجيل عقد القسمة وكانا يريان في ذلك كله الى الحاق الضرر بالغير وانزال الغبن به ، فلا ينفذ عقد القسمة المسجل على الغير . لان عقد القسمة ولد بين صاحبيه وهو مشوب بشائبة التدليس اضراراً بالغير . والتدليس هنا تواطؤ لحتته الغش بين المتعاقدين وأرادوا به المساس بحقوق الغير والحاق الضرر بهذا الغير . وذلك يرجع الى القاعدة القائلة بأن التسجيل لا يطرأ العقود المشوبة بالشوائب القانونية . بل التسجيل يلحق العقود الصحيحة فيؤكد فيها القوة القانونية الموجودة لديها من قبل

٤٢ — أما كلمة التدليس ^(١) هذه فهي هي بعينها نفس الكلمة التي وردت

بالمادة الاولى من القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ ، وهى الكلمة التى تفيد حتماً التواطؤ التدليسى ، والتى لا تفيد مطلقاً مجرد العلم . وقد بينا ذلك بالفقه والقضاء الفرنسيين ، والفقه والقضاء المصريين ، أهلياً ومختلطاً

ب — سوء النية بقانون التسجيل الجديد هو التواطؤ التدليسى

٤٣ — يستفاد مما تقدم أن الشارع المصرى يريد بسوء النية لا مجرد العلم ولا الصورية ، كما ذهب اليهما بالحق القضاء المختلط الى عهد غير قريب بما بيناه بمكانه ، انما يريد بسوء النية التدليس أى التواطؤ التدليسى . وأما مجرد العلم فلا يعبأ به ، وذلك نظراً لهذين السببين الذين أشرنا اليهما فيما سبق بيانه . أولهما أن العلم من المسائل النفسانية التى يخفى النظر فى تقديرها . وثانيهما أنه لو أخذ بنظرية مجرد العلم لكان فى ذلك قضاء على قاعدة التسجيل وهو التسجيل الذى أريد به تقرير أداة معينة وطريقة ظاهرة ينسب فى تحصيل العلم لدى الغير . فإذا قيل بوجود التسجيل أداة لتحصيل العلم ، وبوجود الاخذ بنظرية العلم البسيط ، لكان فى ذلك عمل مضاعف فى تقرير العلم ، بما فيه خطر إلغاء التسجيل من طريق العمل ، ما دام تحصيل العلم يقع بمجرد العلم البسيط من غير طريق التسجيل

ومما يؤكد وجهة النظر هذه فى تعيين سوء النية ، وإن سوء النية لا ينصرف حتماً الا الى التواطؤ التدليسى ، لا الى العلم البسيط ، الادلة الآتية التى ندلى بها تأييداً لما قررناه :

أولاً — كلمة التدليس^(١) لا تنصرف الا الى التواطؤ ، وهى نفس الكلمة التى وردت بالمادة الاولى من القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ كما بينا . هذا من حيث اللغة

ثانياً — من حيث الاعمال التحضيرية : كانت المادة ٢ هذه عبارة عن المادة ٣

من المشروع المطروح أمام اللجنة الخاصة التي وضعت قانون التسجيل الحاضر . وحصل فيها تعديل وتغيير انتهى بهما الامر الى المادة ٢ الحالية . أما نص المادة ٣ من المشروع فقد كان قبل تعديله وقبل أن يصير المادة ٢ الحاضرة ما يأتي : — « يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : (أولاً) الاحكام والعقود المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى بما فيها القسمة والصلح (ثانياً) الاجازات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما — فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير حسن النية^(١) . غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها الخ . . . » ا هـ^(٢) واقتراح « بيولا كازيلي » وضع المادة ٣ من المشروع بشكل آخر طلباً لزيادة الايضاح من حيث اللغة فقط . وفعلوا وضعت في قالب آخر . وظلت عبارة حسن النية بالشكل الآخر كما كانت موجودة من قبل . ولكن لما جاءت الجلسة السادسة المنعقدة في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ رأت اللجنة ضرورة تعديل النص الثاني للسادة ٣ المذكورة وقررت ما يأتي

أولاً — حذف كلمة الصلح من نص المشروع

ثانياً — اقترح المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى أحد أعضاء اللجنة حذف عبارة « حسن النية » من نص المشروع وحجته في الحذف أن عبارة حسن النية وسوء النية أثارت جدلاً في القضاء . اذ ذهب بعض احكامه الى الاخذ بنظرية مجرد العلم . وذهب البعض الآخر الى التواطؤ التدليس^(٣) وطلب الى اللجنة وضع عبارة مفسرة لعبارة حسن النية قطعاً لهذا الخلاف القائم . وبعد أن تكلم العضو « برناردى » واضع للمشروع تقرر استبدال عبارة « حسن النية » بكلمة التدليس^(٤) وهي تلك الكلمة التي

(١) tiers de bonne foi (٢) انظر محضر الجلسة الرابعة في أول ديسمبر ١٩٢٢

من محاضر جلسات اللجنة الخاصة وهي غير منشورة كما ذكرنا connivence (٣)

fraude (٤)

أشار إليها نفس « برناردى » بمحاضراته التى ألقاها فى شرح مشروع قانون التسجيل^(١) ومما مررنى أن اللجنة أرادت بسوء النية ليس مجرد العلم البسيط انما أرادت بها التدليس^(٢) أى التواطؤ التدليسى^(٣) وهذا التواطؤ التدليسى هو نفس التدليس الوارد بالقانون البلجيكى، والذى أراده الفقه والقضاء الفرنسيان، والذى أقره أخيراً القضاء المختلط بحكمه الاخير الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ والذى اشرنا اليه هنا

٤٤ — اذا علم ذلك وتبين أن الشارع أراد بسوء النية التواطؤ التدليسى لمناسبة العقود المؤيدة فهل من المقول تشريعاً ان هذا الشارع لا يأخذ بهذه النظرية أيضاً فيما يتعلق بالعقود المنشئة انخاصة بها المادة الاولى من قانون التسجيل ؟ طبعاً لا . وأدلتنا على ذلك ما يأتى :

١ — انه من البعيد بل يكاد يكون من المستحيل أن يأخذ الشارع بنظرية التواطؤ التدليسى لمناسبة العقود المؤيدة ، بالمادة ٢ من قانون التسجيل ، ثم يأخذ بخلافها فى المادة الاولى انخاصة بالعقود المنشئة ، لان سوء النية واحد ، فهو لا يختلف فى حالة العقود المؤيدة عن حالة العقود المنشئة

٢ — ان نفس واضع مشروع القانون ومحرر المذكرة الايضاحية وهو « برناردى » يقر بمحاضراته المشار اليها أن الغرض من وضع المادة الاولى وتقرير عدم انتقال الملكية بين الطرفين الا بالتسجيل — هو الاجهاز على الخللافت السابقة القائمة بشأن سوء النية (وقد تأيد ذلك أيضاً بنفس المذكرة الايضاحية كما بينا) واستثنى « برناردى » بمحاضراته السابقة^(٤) أن التسجيل لا يؤثر على العقود التدليسية^(٥) أى لا يصححها بل تبقى معدومة الاثر القانونى بالنسبة للغير

(١) انظر محاضراته المذكورة بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ فى أوائل الصفحة . (٢) fraude (٣) connivence هذه الكلمة الاخيرة هى التى وردت بمحضر جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٢٢ على لسان عبد الحميد باشا مصطفى كما مر ذكره . (٤) انظر الصفحة ٢٠١ فى أوائلها (٥) Actes frauduleux

ومن هذا كله يتبين أن الاعمال التحضيرية الرسمية وغير الرسمية ، وضرورة مراعاة الانسجام العلى فى تقرير الاصول القانونية ، كل ذلك يقضى بأن الشارع يمتت التدليس والتواطؤ ولا يقيم للتعامل المشوب به وزناً فى مجال القانون وهو لا يعتمد به من حيث تقرير الاثر القانونى

وعلى ذلك لا يسرى حكم المادة الاولى من قانون التسجيل على العقود التدليسية بل تعتبر هذه العقود خارجة عن حكمها وأجنبية عنها . فالعقد الذى يصدر من البائع يبيع العقار مرة ثانية بعد بيعه المرة الاولى لا ينفذ على المشتري الاول الذى سجل بعد تسجيل المشتري الثانى ، اذا تبين أن التبايع الثانى كان نتيجة التواطؤ والاتفاق التدليسى بين البائع والمشتري بقصد الحاق الضرر بالمشتري الاول . هذا هو التصرف الذى لا يمكن للقانون حمايته ولا يمكن أن تكون المادة الاولى قد وضعت لحمايته . لان مثل هذا العمل باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة المشتري الأول ، وهو صحيح بالنسبة للمتعاقدين . وباطالان طارئ عليه لانه معند على الحق المقرر للغير وهو المشتري الاول ولا يمكن الاحتجاج على هذا الرأى بالادلاء بالقول ان فى الاخذ بنظرية الاعمال التدليسية رجوعاً الى نظرية سوء النية القديمة التى أراد الشارع ذاته القضاء عليها ومحوها من عالم القانون حتى تطمئن المبادئ القانونية فى مواضعها وحتى تستقر بهذه الطمأنينة العقائد القانونية لدى الافراد . أما نحن فلا نرى محلاً لهذا الاعتراض للموهم . لانه لا يستفاد من الاخذ بنظرية الاعمال التدليسية الرجوع الى نظرية سوء النية القديمة والى الخلافات التى كانت قائمة بشأنها ، ما دامت وجهة النظر محصورة ومحصورة فقط فى هذا النوع دون غيره من أعمال سوء النية وصورها وهو التواطؤ ليس غير . وبذا تغلق أبواب البحث فيما يتعلق بالصور الاخرى لسوء النية . اذ لا محل حينئذ للبحث فى مسألة العلم البسيط الحاصل من غير طريق التسجيل

٤٥ — وان قيل ، اعتراضا علينا ، بأنه كيف يقرر الشارع قاعدة عامة قاطمة فى أن تقل الملكية لا يكون الا بالتسجيل حتى ولو علم المشتري الثانى بسبق

تصرف البائع له في العقار لمشتري سابق عليه ، ثم يفتح باب الاخذ والرد من طريق آخر للطعن في البيع الشان بالتواطؤ التدليسي ؟ أليس في ذلك تشويه للقاعدة العامة التي أراد الشارع تقريرها حتى يوصد أبواب النزاع على المنازعين وحتى يكون لاطلاق الحكم معنى من معاني توحيد القاعدة وتركيزها على أساس قوى لا يضطرب أمام الاخذ والرد ؟ أليس في قبول الاخذ بالتواطؤ مساس بمزية الاطلاق الذي أراده الشارع من حكم المادة الاولى في أنه لا تنتقل الملكية بوجه عام مطلق الا بالتسجيل ؟ قد يجوز أن يكون من المعقول أن لا يحرم المشتري الاول ، الذي سجل بعد المشتري الثاني ، من حق الطعن في عقد البيع الثاني بدعوى ابطال تصرفات المدين ، وذلك باعتباره دائماً عادياً بسيطاً قد قرر له دينه بسبب البيع الاول . اذ قبل التسجيل كان يداين البائع بالتزام شخصي منصب على العقار من حيث المطالبة بالتسليم وخلاف ذلك من الالتزامات الشخصية المنوه عنها بالمادة الاولى . وأما وقد خرج العقار من يد هذا البائع بالبيع الثاني المسجل قبل تسجيل المشتري الاول فقد حرم وقتئذ من حق المطالبة بالعقار بالذات ، واستحال حقه هذا في الحال الى حق عادى لا يخرج عن المطالبة بتعويض . ولذا ان نجح في ابطال التصرف الثاني فانه يتزاحم مع بقية الدائنين العاديين في اقتسام ثمن العقار ، كل دائن بنسبة دينه ، وعلى الاخص اذا دخل الدائنون المزاحمون خصماً ثالثاً في دعوى ابطال التصرفات ؟ هذا هو الاعتراض وانا لا نرى محلاً مطلقاً لهذا الاعتراض الذي اقترضناه نحن من عندنا . ولقد سبق لنا أن دفناه فيما كتبناه بشأن المعنى المقصود من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى . ذلك لانه :

أولاً — من حيث اطلاق حكم القاعدة ، فان هذا الاطلاق لا يصح أن يتمشى أيضاً على العقود التدليسية التي تعمل اضراً بالمشتري الاول الذي تأخر في تسجيله عن المشتري الثاني ، ما دامت وسائل الضمان المقررة في نظام السجلات العقارية لم تتقرر بعد ، ومن اهمها ان التسجيل لا يكون الا بناء على حكم قاضي السجل ، كما هو معروف بالمانيا

ثانياً — من حيث دعوى الابطال : فقد سبق أن أوضحنا بمكانه اعتراضنا على حكم محكمة النقض الايطالى الصادر سنة ١٩١١ الذى أخذ بدعوى الابطال . وقررنا الاخذ بمذهب « ليون كان » الذى استند الى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ١٥١ مدنى مصرى ، ثم دعمنا ذلك كله بالرجوع الى القواعد العامة المقررة فى الالتزامات بان الوفاء بالدين (الدين بوجه عام) يجب أن يحصل عينا أى بنفس الشيء الذى التزم به المدين . ولا يستحيل الوفاء بالدين الاصلى الى الوفاء بمبلغ من النقود الا عند استحالة الوفاء عينا . وما دام ان المشتري الاول الذى سجل متأخراً دائن بالمقار بالذات فله حق المطالبة به . ولا يجوز تحويل دينه الى مبلغ من النقود ثم تحويله الى دائن ذى حق معين الى دائن عادى بمبلغ من النقود . لان فى المطالبة بالوفاء العيني امتيازاً للدائن يجعله ذا أولوية معينة فى أن يأخذ المقار له خاصة دون مزاحمة الآخرين له ، وفى قصر حقه على مبلغ من النقود حرمان له من حق الامتياز وانزال له الى المرتبة الدنيا لطبقة الدائنين العاديين

وبما تقدم تقرر القواعد الآتية :

- ١ — ان الالتزامات الشخصية المقصودة بالمادة الاولى هى الحقوق والواجبات التى تنشأ عن طبيعة العقد . والحقوق التى تنترق للمشتري مثلاً قبل التسجيل حقوق تنصب على المقار وتستفاد من طبيعة عقد البيع
- ٢ — هذه الحقوق التى تنترق للمشتري قبل التسجيل لا يجوز الافتيات عليها من البائع مع مشترئان يسجل قبل تسجيل الاول ، افتياناً مشوباً بالتواطؤ التدليسى
- ٣ — لا محل للأخذ بنظرية مجرد العلم لان قانون التسجيل أجهز على هذه الخلافات السابقة . انما الذى يجب الاخذ به هو التواطؤ التدليسى

فى أثر العقد من حيث زوال العقد

- ٤٦ — رأينا الاثر للعقد اذا ظل قائماً . وللعقد أثر أيضاً فيما اذا زال . ولزوال أسباب مختلفة

(١) في أسباب زوال العقد

٤٧ — يزول العقد اما بالزوال الارادى للمتعاقدين ، أى العدول . واما بالزوال الارادى ، أى بابطال العقد أو بفسخه

١ — الزوال الارادى بالعدول

٤٨ — اما أن يكون العدول الارادى باتفاق الطرفين معاً . واما من جانب أحد الطرفين

١ — العدول الارادى المتبادل من الطرفين

٤٩ — ما دام أن طرفى العقد هما اللذان قاما بإنشائه فلهما معاً العدول عنه^(١) ولهما أن يعدلا عنه برمته ويتنازلا عن التمسك بآثاره ، أو أن يتقفا على ابقاء بعض آثاره دون البعض الآخر . ولهما فى ذلك حرية الارادة الكاملة ماداما فى حدود القانون بما لا يخالف النظام العام

ب — العدول من جانب الطرف الواحد

٥٠ — العدول فى العقد لا يحصل الا من جانب طرفيه ، ولا يملك أحدهما وحده العدول عنه بل لابد من اتفاق الاثنين على العدول^(٢) وهذا لا يصدق الا فى العقود التى لا تنشأ الا باتفاق العاقدين معاً . ولكن هناك عقوداً لها شئ من الوجود القانونى فى تقرير انزلام بذمة الطرف الواحد بمجرد اظهار رغبته وحده فقط بدون حاجة الى اظهار رغبة الطرف الآخر عند اظهار رغبة الطرف الاول^(٣) . انما لابد من رغبة الآخر فيما بعد . ويحصل ذلك فى الوصية . اذ يجوز للموصى وهو على قيد الحياة أن يعدل عن وصيته التى أجراها (المادة ٥٤٤ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا) والتى

لا تنفذ الا بعد وفاته وبعد رضا الموصى به ، ذلك الرضاء الذى لا يكون الا بعد حصول وفاة الموصى (المواد ٥٣٠ و ٥٤٣ من الاحوال الشخصية لقدرى باشا) والعدول أو الرجوع عن الوصية كما يكون صريحاً قد يكون دلالة أيضاً (المادة ٥٤٤ المذكورة) وما دام أن الوصية لا تصح الا بقبول الموصى اليه قبل وفاة الموصى فتبطل حينئذ (١)

اذا توفى الموصى اليه قبل وفاة الموصى أو قبل قبوله (٢)

اذا علم ذلك وصح الرجوع صراحة أو دلالة بطلت الوصية وزال أثرها ، بمجرد ان أظهر الموصى رغبته فى العدول وحده دون اظهار رغبة الموصى اليه . على أنا نلاحظ هنا أن الوصية عقد ككل العقود لا بد فيها من ايجاب من الموصى وقبول من الموصى اليه . ففى لا تتم قانوناً ولا تحدث آثارها القانونية الا بعد حصول القبول من الموصى اليه . وما دام القبول لم يحصل ، وهو لا يحصل الا بعد تحقق وفاة الموصى ، فللموصى وحده العدول عما قرره على نفسه . وعدوله ورجوعه لا يصيب فى هذه الحالة عقداً تكون من قبل تمام التكوين ، انما يصيب عملاً منفرداً من جانبه ، له حق التصرف فيه كما يشاء ، ان شاء أبقاءه ، وان شاء أبطله وحده ، دون الحاجة الى رضا شخص آخر . وان كان ذلك يحكى من بعض الوجوه العرض (٣) من جانب العارض (٤) الا أنه يختلف عنه فى أن العارض لو سحب ما عرضه فى وقت غير مناسب حق عليه التعويض (٥)

٢ — الزوال غير الارادى

٥١ — رأينا كيف يحصل زوال العقد زوالاً ارادياً ، أى برغبة العاقدین مما أو برغبة أحدهما فقط فى حالة الوصية . والآن نبين كيف يزول العقد على غير رغبة العاقدین . ويحصل ذلك بطلب ابطال العقد ، أى الغائه (٦) وبطلب فسخه (٧)

| | |
|--------------|---|
| (١) caducité | (٢) دالوز براتيك ج ١٠ ص ٤٨٢ ن ١١٦ وما بعدها |
| (٣) offre | (٤) offran |
| (٦) nullité | (٧) résolution |

١ — ابطال العقد

٥٢ — يتناول القول هنا نظرية ابطال العقود وتقد نظرية الابطال الثلاثي ونظرية العقد القابل للبطالان

§ ١ — العقد المعدم أو الباطل بطلانا مطلقا

٥٣ — يقول بعض رجال الفقه بان البطلان على ثلاثة أنواع : بطلان مطلق^(١) وبطلان معدم للعقد^(٢) وبطلان نسبي^(٣) فالمطلق ما يترتب على نقص في العقد من حيث مخالفته للنظام العام أو الاخلاق ، أو من حيث عدم توافر قيد من القيود القانونية كالرسمية في العقود الرسمية . والمعدم ما يترتب على نقص في العقد من حيث عدم توافر ركن من أركانه الأساسية كالبيع الحاصل بلا اتفاق على محل البيع^(٤) . والنسبي ما يترتب على شائبة شابت العقد ترجع لعبوب الرضا كفقده الاهلية والغش^(٥) . وإذا دققنا النظر في نظرية البطلان الثلاثي هذا نجد في الحقيقة أن البطلان على نوعين : مطلق ويندمج فيه المعدم ، ونسبي . ذلك لانا لا نرى محلا للفرقة بين المطلق والمعدم ما دام لا بد من رفع الامر الى القضاء للحكم بالبطلان مهما كان نوعه^(٦)

ويترب على البطلان المطلق زوال العقد وزوال آثاره بالنسبة للطرفين والغير . أما لان من شأن البطلان زوال التعاقد . فكأنه لا تعاقد اذ ليس له وجود قانوني يقره القانون . أما خصائص هذا البطلان فهي ما يأتي :

(١) يجوز لكل ذي مصلحة في البطلان المطلق الاستفادة منه اما على شكل دعوى أو على شكل دفع فيها — (٢) ان العقد الباطل بطلانا مطلقاً لا يقبل التصحيح

(١) nullité absolue (٢) inexistant (٣) nullité relative

(٤) دالوز براتيك ج ٨ ص ٣٩٧ — ٣٩٨ ن ٦ — ١٢

(٥) الالتزامات لنا ص ٢٣٦ ن ٢٥٣ — دالوز براتيك ج ٨ ص ٣٩٨ ن ١٥ — ٢٥

(٦) الالتزامات لنا ص ٢٤٠ ن ٢٥٧

(٣) لا يسرى التقادم الطويل على البطلان المطلق^(١) انما يستحيل البطلان الى وضع اليد الطويل المكسب^(٢)

٢٨ — العقد القابل للبطلان

٥٤ — العقد القابل للبطلان هو غير العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . اذ ينما البطلان المطلق يزول العقد من عالم الوجود القانوني ويزيل آثاره القانونية ، فان البطلان النسبي لا يلحق الا العقود الموجودة من الوجهة القانونية . ولكن وجودها مهدد بشرط فاسخ فيما اذا جاء المجنى عليه في العقد وتمسك بالبطلان النسبي . اذ يقضى في هذه الحالة بأن العقد يزول . ولكن لا يزول فيما اذا أقره المجنى عليه فيه ، بأن أيده بعمل صريح أو ضمني . واجازته في هذه الحالة تلحق عقداً موجوداً من قبل . وهذا على خلاف اجازة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فانها لا تصيبه ما دام انه غير موجود . والاجازة لا تلحق الا العقود الموجودة والبطلان النسبي اما أن يرجع لاحد العاقدين واما للغير .

.. المبحث الاول : البطلان النسبي بسبب يرجع لاحد العاقدين

٥٥ — ويرجع ذلك الى غيوب الرضاء وهي فقد الاهلية والنفس والخطأ والاكراه أو الى الفسخ عند عدم قيام احد العاقدين بالوفاء بما التزم به في العقد التبادلي كما سيأتي ذكره

المبحث الثاني : البطلان النسبي بسبب يرجع للغير

٥٦ — ويرجع ذلك الى دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وهما الدعويان اللتان يرفعهما الدائن ويطلب فيها ابطال التصرف الحاصل من المدين ، ودعوى النزاع في الملكية^(٣) والمشتري من أحد المتنازعين .

(١) الالتزامات لنا من ٢٤٠ ن ٢٥٨ (٢) الالتزامات لنا من ٢٤١ ن ٢٥٩ ومن ٢٤٢ ن ٢٦٠ و ٢٦١ revendication (٣)

ب — فسخ العقد والمادة ١١٨٤ مدني فرنسي

٥٧ — قلنا ان زوال العقد اما أن يكون اراديا واما غير ارادى . وقلنا أن الزوال غير الارادى يرجع اما لابطال العقد واما للفسخ ، وهذا الفسخ هو الناشئ عن عدم قيام أحد العاقدين بما التزم به قبل الآخر . وما دام أنه يجوز للمدعى عليه (فى العقد التبادلى) حق دفع دعوى المدعى قبله بدفع عدم الوفاء من قبل هذا المدعى^(١) فانه يجوز لاحد العاقدين ، وهو الذى لم يف له العاقد الآخر بما التزم به فى العقد التبادلى ، أن يطلب فسخ العقد^(٢) أخذاً بالمادة ١١٨٤ مدني فرنسي التى تقرر حكماً عاماً^(٣)

٥٨ — وبعد أن اتهمنا من بيان أسباب الزوال ، نبين الآن آثار الزوال بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير ، سواء فى عهد القانون المدنى أو فى عهد قانون التسجيل

(٢) فى أثر العقد الباطل

٥٩ — نرى من الضروري أن نبين الأصول القانونية فى أثر العقد الباطل فى عهد القانون المدنى . ثم نعقب ذلك بالبحث فى هذا الأثر فى عهد قانون التسجيل

١ — أثر العقد الباطل فى القانون المدنى

٦٠ — وأثر هذا العقد اما أن يكون خاصاً بالمتعاقدين واما أن يكون خاصاً بالغير . ولذا نفرد لكل منهما قولاً على حدة

١ — أثر العقد الباطل فى القانون المدنى بالنسبة للعاقدين

٦١ — البطلان المطلق : من شأن البطلان المطلق زوال العقد تمام الزوال

(١) exception non adimpléti contractus الاتزامات لنا من ١٨٨٥ و ١٩٧

(٢) résolution (٣) الاتزامات لنا من ٢١٥ و ٢٢٩ وما بعدها

بحيث لا يبقى أثر قانوني ما . وانما يستحيل النزاع كما قلنا الى وضع اليد والمدة المكسبة في التقادم الطويل

٦٢ — البطالة النفسية : اذا قضى بالبطالة النسبي في العقد القابل للبطالان زال العقد أيضاً بالنسبة للعاقدين . ووجب وقتئذ اعادتهما الى ما كانا عليه قبل التعاقد بحيث تجوز المطالبة برد ما دفع ، لارتفاع السبب فيه ، والمطالبة بالثمرات . وتجوز المقاصة في هذه الحالة ^(١) مع ملاحظة أنه لا يجوز مطالبة القاصر الا بما استفاد به استفادة لها أثر ظاهر به (المادة ١٢ مدني فرنسي وحكمها عام) وعلى طالب الرد اثبات هذه الاستفادة وأثرها الظاهر في مال مفقود الاهلية ^(٢)

ب — أثر العقد الباطل والقانون المدني بالنسبة للغير

١ § — البطالان المطلق

٦٣ — من شأن البطالان المطلق زوال العقد زوالاً مبدئياً لكيانه ولا آثاره . والعقد لا يوجد من الوجهة القانونية . وعلى ذلك لا يجوز أن يترتب عليه حق مطلقاً للغير . ولا يجوز أن يقال بضرورة التفرقة بين الغير حسن النية أو سيئ النية . ذلك لان البطالان المطلق يرجع اما لركن من أركان العقد (وهو ما يسميه بعض رجال الفقه كما رأينا بالبطالان المعدم) واما يرجع الى قيد من قيوده الرسمية في العقود الشكلية . اذ في هذه الاحوال يجب على من يتقرر له حق عيني على العقار أن يعرف مبلغ ما يحيط حقه من الخطر . وذلك بان يرجع الى درس سندات التملك لدى من يملكه . ومتى رجع اليها فهو يعلم حتماً بالنقص القانوني الذي يفسد العقد . ولا يجوز للغير الادعاء بحسن النية وبجمل أحكام القانون (المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية) ومن باب أولى فيما يتعلق بالخطورات القانونية الخاصة بالنظام العام

(١) دالوز برانيك ج ٨ ص ٤٠١ ن ٥٦ في آخرها . — بلايول ج ٢ ص ٤٢٢ ن ١٢٧٨

والمادة ٣٤٨ مدني الماني (٢) بلايول ج ٢ ص ٤٢٣ ن ١٢٧٩

٦٤ — اما اذا كان عيب العقد للوجود تحت يد المملك يرجع لاسباب تتعلق بالاخلاق ، أى كان سبب العقد غير مشروع ولم ينم العقد عن هذه الشائبة بل كانت مستورة فى خواطر المتعاقدين ، فانا نرى أنه لا يجوز فى هذه الحالة المساس بحق صاحب الحق العيني العقارى الذى تقرر له على العقار . فاذا باع بائع عقاره بعقد كامل للاركان والشروط القانونية ، وكانت نية العاقدين منصرفة الى تعليق ذلك على شرط غير مشروع ، دون أن ينم على هذه النية بشئ ما بالعقد ، ثم جاء المشتري وتصرف فى العقار الى مشتري آخر أو رهنه لدائن ، وبوجه عام قرر حقاً عينياً عقارياً للغير على هذا العقار ، فلا يجوز للبائع الأول أن يطلب ابطال عقد المشتري الثانى أو المرتين . ائماله فقط أن يطلب بطلان العقد الصادر منه الى المشتري منه مباشرة . ولا يترتب على بطلان العقد الصادر منه ، بطلان العقد الصادر من المشتري منه . نم ولو أن العقد الصادر منه باطل بطلاناً مطلقاً وليس له وجود قانونى ، الا أنه لما تقرر للغير حق بحسن نية على هذا العقار ، وكان لا يعلم الغير بما شاب العقد ، لانه نخلو مما يشير الى هذه الشائبة ، وجب احترام حق الغير . والا اذا أخذ بالمنطق البحت وقيل بأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا وجود له وكأنه لم يكن بالمرّة ، وان ما ترتب على الباطل باطل وما ترتب على المعدوم معدوم ، وانه لا بد من ابطال عقد الغير ، لتمطلت المعاملات بين الافراد ، واضطربت العقائد القانونية ، وأحجم الناس عن التعامل العقارى ، اذ يخشون فى هذه الحالة أن تظهر فيما بعد شوائب مخفية ومطوية فى خواطر أصحابها ، تفسد عليهم عقودهم وتضيع عليهم حقوقهم . وهذا لا يمكن الاخذ به . بل يجب أن يضحي المنطق الجاف فى مصلحة الفائدة العامة .

على أننا نرى من طريق آخر أن العقد المشوب وان كان معدوماً فهو معدوم الأثر فقط بين العاقدين . وأما بالنسبة للغير فهو موجود من الوجهة القانونية . وان كان المنطق يتأذى من الجمع بين صفتي العقد ، العدم والوجود معاً ، وهما متناقضان حتماً ، الا أن الشارع جرى فى نظرية التسجيل على الأخذ بأحكام تعارض مع المنطق البحت .

ويعمل في ذلك وهو متشعب بما أملت عليه روح المعاملات وضرورة الاعتبارات العملية لدى الافراد . أليس يصح عقد المشتري الثاني اذا سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الاول ، مع أن بالعقد الاول قد زالت الملكية عن البائع وأصبح لا يجوز له أن يبيع ثانيا ، لانه ان باع فانه لا يبيع ما لا يملك ؟

لذا نقول بترك المنطق جانبا وبالاخذ بروح التشريع وبما تمليه كل يوم الضرورات العملية على الشارع والقاضي والمشرع . ونرى حينئذ أن ابطال العقد المشوب بسبب غير مشروع لا يؤثر على الغير ، وهو من اكتسب حقاً عينياً على العقار وسجل عقده وكان حسن النية

نقول بهذا الرأي ونعرف أن القضاء والفقه يخالفانه . وسنبين ذلك بالتفصيل والنقد في الابحاث التالية ، وعلاقة رأينا بالنظرية المصرية للتسجيل

§ ٢ — البطلان النسبي

المبحث الاول : البطلان النسبي بسبب أحد العاقدین

٦٥ — والبطلان النسبي بسبب أحد العاقدین ينصرف الى عيوب الرضاء التي شابت العقد ، وهي فقد الاهلية والغش والغلط والاكراه

٦٦ — الفسخ لغةً وماربئاً^(١) : ان زوال العقود على نوعين : زوال مع أثر رجعي ، تزول معه آثار العقد وتعود حالة العاقدین الى ما كانا عليه قبل التعاقد .

وزوال للعقد في المستقبل فقط ، وتبقى معه آثار العقد السابقة على طلب الزوال والزوال الرجعي على نوعين : ابطال أو الفناء^(٢) وهو ما يحصل بمقتضى القانون بالذات . وفسخ^(٣) وهو ما يحصل برضاء العاقدین فيما اذا كان الرضاء رضاءً شرطياً والزوال غير الرجعي على نوعين ابطال :^(٤) أو فسخ^(٥) . وهذا الزوال غير

résolution (٣)

annulation (٢)

dissolution (١)

résiliation (٥)

révocation (٤)

الرجعى خاص فقط ببعض العقود دون البعض الآخر^(١)

٦٧ — فى البطلان^(٢): من المتعذر منطقاً أن يقال بأن الغاء العقد^(٣) سبب من أسباب فسخه^(٤) ذلك لأن ما كان باطلاً من أصله^(٥) لا يمكن القول فيه بجواز استمرار بقاءه ولا بجواز زواله ما دام لا وجود له فى الأصل . وما دام لا وجود له أصلاً فهو غير قابل حينئذ للفسخ . لأن من شأن البطلان أن يحول دون وجود العقد ودون تقرير آثاره من وقت القول بوجوده . وما دام أنه لم يوجد شئ ، ما ، أى لم يوجد عقد ، فلا محل حينئذ للقول بفسخ ذلك العقد غير الموجود . ولكن جرت عادة للمشرعين ، أخذاً عن جماعة الرومان ، على القول بالبطلان النسبى أو القابلية للبطلان^(٦) ، بجانب القول بالبطلان الصحيح^(٧) الذى يزول مع العقد وتزول معه آثاره . وهم يريدون بالقابلية للبطلان أن العقد يقبل البطلان فيما بعد فيما إذا طلب البطلان صاحب الشأن . وإن العقد ليس باطلاً من حال انشائه ، إنما يعتريه البطلان إذا رفعت عليه دعوى البطلان^(٨) وصدر الحكم بالبطلان^(٩)

ولم تخرج دعوى الالغاء أو البطلان هذه فى الوقت الحاضر عن الدعوى الرومانية التى كانت ترفع برد الحالة الى ما كانت عليه^(١٠) والتى قررها البريتور الرومانى لأجل نقض العمل القانونى الصحيح الذى انعقد طبقاً لأحكام القانون الرومانى البحث^(١١)

٦٨ — فى تمييز دعوى الفسخ : هاتان الدعويتان الحاليتان هما : أولاً دعوى الفسخ بسبب عيوب الرضاء أو الشرط الفاسخ^(١٢) وثانياً دعوى الفسخ بسبب الغبن^(١٣) ولهذا التسمية أصل تاريخى .

(١) بلايول ج ٢ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢١ م ٤١٩ — ٤٢٠ ن ١٢٧٠

(٢) annulation (٢) nullité (٣) dissolution (٤)

(٥) nul (٥) annulabilité (٦) nullité véritable (٧)

(٨) action en nullité (٨) sentence d'annulation (٩)

(١٠) restitutio in integrum (١١) jure civili

(١٢) action en rescision (١٣) action en nullité (١٢)

وذلك انه في عهد القانون المدني الفرنسي القديم الخاضع لاحكام العادات كانت ترجع أسباب البطلان النسبي الى مصدرين : المصدر الاول يستند في البطلان النسبي الى نصوص المراسيم والعادات . والمصدر الثاني يستند في ذلك البطلان الى القانون الروماني بالذات . ولما لم يكن للقانون الروماني في الجهات الخاضعة للعادات قوة قانونية ما ، أى لا يؤخذ به في تلك الجهات ، وكان لايجوز التمسك باحكام القانون الروماني^(١) أمام محاكم تلك الجهات ، فكان لا بد لمن يريد الرجوع الى القانون الروماني بها من الحصول على اذن خاص بذلك^(٢) من الحاكم^(٣) يبيح طلب فسخ العقد بمقتضى النصوص الرومانية وكان يعطى الأذن على الاخص بشأن عدم اهلية النساء المتزوجات وبشأن العقارات المبيعة والمملوكة للقصر ، والعقارات المبيعة والمملوكة للبالغين في حالة الغيب اذا كان هذا الغيب واقعاً في أكثر من نصف الثمن ، وبشأن الغش والاكراه والغلط^(٤) وكان يستعان بالاذن حينئذ في طلب ابطال مثل هذه العقود المشوبة بشوائب الرضا ، وبفقد اهلية المرأة المتزوجة وبالغيب في الثمن

وكانت الدعوى التى ترفع وقتئذ بناء على هذا الاذن الكتابي (ذلك الاذن الذى كان يعطى لطالبه بدون فحص لدعواه وللمجرد دفع الجعل المقرر له رسمياً) تسمى بدعوى الالغاء والابطال^(٥) وذلك في حالة الاستمانة كما ذكرنا بأحكام القانون الروماني الذى لم يكن معمولاً به في الجهات الآخذة بالعادات

وأما الدعوى التى كانت ترفع بالالغاء بناء على نصوص المراسيم المقررة والعادات المرعية فكانت تسمى ايضاً بدعوى الالغاء والابطال^(٦) وكانت ترفع من صاحبها دون الحاجة الى الحصول على اذن كتابي من قلم كتاب البرلمان ، أى قلم كتاب المحكمة^(٧) وكانت الدعوى الاولى تتقدم بمضى ١٠ سنين والثانية بمدة ٣٠ سنة

| | | |
|-------------------------|-------------|--------------------------|
| prince (٣) | lettres (٢) | corpus juris civilis (١) |
| action en rescision (٥) | ١٢٧٢ ن ٤٢٠ | (١) بلايول ج ٢ ص |
| chancellerie (٧) | | action en nullité (٦) |

٦٩ — دعوى الالغاء في الدورات الحاضرة : وقد قضت الثورة الفرنسية على هذا النوع من الالغاء المكتاني^(١) في سبتمبر سنة ١٧٩٠ وذلك عقب الغاء اقلام كتاب المحاكم المسماة بالبرلمان . ولما وضع القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ واصبحت المصادر القانونية موحدة بهذا القانون المجموع زالت التفرقة نهائياً بين الاصل في تمييز الدعويين عن بعضهما البعض ؛ واصبحت الدعويان ترجع لاصل واحد وهو القانون المجموع والمسنون سنة ١٨٠٤ . وقررت المادة ١٣٠٤ من قانون نابليون سقوط كل منهما بمدة عشر سنوات بالتقادم ، بعد أن سمحت كلا منهما باسمه الذي كانت معروفة به من قبل . وجاءت نصوص بنفس هذا القانون وذكرت هذه التسمية المختلفة أيضاً (المواد ١١١٧ و ١٣٣٨ مدني فرنسي)

٧٠ — تسمية الدعويين بعد سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ : ومن غريب ما لوحظ بشأن دعوى الالغاء اللتين اصبحتا موحدين بقانون نابليون ، ان رجال الفقه في الوقت الحاضر ابوا الا استبقاء الالغامين القديمين بما ليس له رابطة مامع الاعتبار القديمة التي كانت تبرر اذ ذاك التفرقة في التسمية . ذلك انهم يصرفون دعوى الالغاء^(٢) الى الدعوى التي يطلب فيها الالغاء بسبب الغبن^(٣) ولعل السبب في ذلك أن الشارع الفرنسي نفسه يستعمل هذه التسمية في كل حالة يتكلم فيها عن الفسخ بسبب الغبن (المواد ٨٨٧ — ٨٩٢ و ١٣٠٥ و ١٦٧٤ مدني فرنسي) . على أنه يلاحظ أن الشارع الفرنسي لم يقصد من هذه التسمية في حالة الغبن قصداً معيناً يرجع الى ضرورة التفرقة بين الالغامين القديمين . وربما ورد ذلك منه عرضاً دون عمد وقصد مقرر لديه من قبل . ويؤيد ذلك أن الشارع الفرنسي كان يستعمل الالغامين في بعض المواطن بمعنى واحد ولسبب واحد . ويرى بعض الشارحين الحاضرين الاكتفاء باسم دعوى الالغاء العادية^(٤) . وتنصرف هذه التسمية الى

action en rescision المسمى (٢)

action en nullité (٤)

les lettres royaux (١)

lésion (٣)

إلغاء العقد وإبطاله ، سواء كان السبب في الإلغاء يرجع الى عيوب في الرضا أو الى الغبن

٧١ — اذا علم ذلك فلنبين الآن أثر هذا الإلغاء بالنسبة للغير . يقول رجال الفقه الفرنسي بأن العقود القابلة للبطلان (ومن باب أولى العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً) لم تخرج عن كونها عقوداً معلقة على شرط فاسخ^(١) أى نزول هذه العقود ونزول آثارها المترتبة عليها فيما اذا تحقق الشرط الفاسخ ورفع صاحب الشأن دعوى الإبطال (سواء كانت خاصة بعيب في الرضا^(٢) أو بعيب الغبن^(٣)) وحكم بإلغاء العقد . وذلك يرجع الى نتائج الشرط الفاسخ ، اذا ما تحقق زالت معه آثار العقد الذى تقضه من وقت انشائه ويترتب على ذلك أن عقد المشتري وقد سقط وزال وزالت معه آثاره ، فقد نزول أيضاً معه جميع التصرفات العينية العقارية التى أجراها هذا المشتري على العقار . فاذا سبق له أن باع هذا العقار أو رهنه رهنًا حيازياً أو رهنًا غير حيازى ، أو توقع عليه اختصاص ، انهارت هذه الحقوق برمتها ، وذلك لزوال العقد المملك للمشتري ، من وقت الشراء . وأخذاً بتلك القاعدة الرومانية القائلة « اذا أُلغى عقد الواهب أُلغى عقد الموهوب له^(٤) »

ولا يقف الشارحون في الأخذ بزوال آثار العقد مع زوال العقد نفسه عند القاعدة الرومانية التى ذكرناها ، بل يأخذون كما قلنا بالاتر الرجعى للشرط ، سواء كان الشرط فاسخاً كما ذكرنا أو كان الشرط توقيفياً^(٥) ويلاحظون أن الملكية المنتقلة من يد الى يد والمهددة بالفسخ^(٦) لم تخرج عن كونها الملكية المنتقلة على شرط توقيفى . اذ يعتبر المشتري مالكا على شرط فاسخ ، والبائع مالكا على شرط توقيفى . ويكون

action en nullité (٢) condition résolutoire (١)
 resolutio jure dantes, resolvitur (٤) action en rescision (٣)
 ٣٥٥٠ و ٢٣٤٩ ن ٧٢٩ — ج ١ ص ١٢٨١ — ٤٢٣ ن ١٢٨١ — jus accipientis
 résolutin (٦) condition suspensive (٥) ١٩٢٠ الطبعة الثامنة سنة
 (٩ — تسجيل ذهنى)

هنا صورتان ترجع احدهما للمشتري واخرها للبائع

٧٢ — واذا كان نقل الملكية في حالة الشرط الفاسخ .معلقاً على تحقق الشرط أو عدم تحققه ، فالملكية هذه لا تعتبر قد انتقلت نهائياً من البائع للمشتري . وهي لا تنتقل نهائياً وتستقر في يد صاحبها الا عند تحقق الشرط أو عدم تحققه . وتعتبر الملكية على ذلك باقية تحت يد البائع^(١) ولكنها باقية وهي مشوبة بالشرط . فان تحقق بالنسبة للبائع استقرت الملكية لديه . واذا لم يتحقق الشرط استقرت لدى المشتري . وعلى ذلك يكون للملكية هذه المضطربة مالكان . مالك حاضر ، ومالك مستقبل . وهي اما أن تتأيد لدى المالك الحاضر ، أو تتأيد لدى المالك المستقبل^(٢) وما دام أن الملكية لدى المشتري .معلقة على شرط فاسخ من قبل البائع فان هذه الملكية تستقر نهائياً في يد البائع بتحقق الشرط ورفع دعوى الالغاء . وعلى ذلك تعود الملكية الى مملكتها الاول باعتبار أنها لم تبرحه ، وتعود قيسة من كل تصرف حصل عليها من قبل المشتري ، ما دام أنه بتحقق الشرط الفاسخ لا يعتبر المشتري مالكا مطلقاً . وتبطل تصرفات المشتري .هما كان نوعها

ويؤيد أصحاب هذا الرأي مذهبهم بالرجوع الى المنطق البحت . فيقولون بأنه لا يجوز للملك أن يملك الغير أكثر مما يملك هذا المالك . وما دام قد ظهر بأن المالك لا يملك شيئاً فهو لا يستطيع أن يملك الغير شيئاً ما . وعلى ذلك تستقط تصرفاته^(٣)

٧٣ — ويقول أنصار الأثر الرجعي للالغاء في مجال بحثهم لنظرية الفسخ^(٤) ان الفسخ بالقانون الفرنسي عيني^(٥) لا شخصي^(٦) ويريدون بذلك أن بالفسخ تتأثر التصرفات العينية المتوقعة حتى الشيء المبيع والحاصلة من نفس المشتري الذي فُسخ

(١) aliéneur (٢) قانون بلانيول ج ١ ص ٧٢٩ ن ٢٣٠

(٣) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ مدني فرنسي ص ٦٣

(٤) résolution (٥) réelle (٦) personnelle

عنده . ويرجعون في ذلك الى الأثر الرجعي للشرط الفاسخ الصريح أو الضمني المندمج بالعقود التبادلية

على أنهم يقولون من طريق آخر بأن الفسخ بالقانون الروماني والقانون الألماني شخصي ، بحيث لا ينصب الا على الالتزامات الناشئة فقط عن العقد المفسوخ ولا يتعدى الى التصرفات الحاصلة بمعرفة العاقد المفسوخ عقده . أي أن الفسخ الشخصي الروماني والألماني لا يكون حجة على الغير . ويقولون ان المذهب الألماني هو الأفضل وأنه يتفق مع الاعتبارات الاقتصادية ورواج الاموال في أيدي المتعاملين^(١) .

وهم لا يقولون بعينية الفسخ الا من حيث النتائج لا من حيث أن الفسخ في ذاته عيني ، بل هم يقررون بأنه شخصي ، انما تشبه نتائجه نتائج الفسخ العيني في أن له أثراً رجعياً ، باعتبار أن المشتري المفسوخ عقده يصبح كأنه لم يكن مالكا مطلقاً^(٢) .

٧٤ — ولناسبة دعوى الالغاء تسادل أيضاً أنصار الأثر الرجعي عما اذا كان الالغاء هو الآخر عينياً أو شخصياً . فقالوا إنه شخصي حتماً . الا أنهم رتبوا له نفس النتائج المترتبة على الوصف العيني . وأيدوا ذلك بما يأتي : رجعوا الى المادة ١٦٨١ فقرة ٢ مدني فرنسي . ذلك أن هذه المادة قررت في مجال الاخذ بنظرية الغبن أنه في حالة ثبوت الغبن بالشروط المبينة بالقانون الفرنسي بالمادة ١٦٧٤ يصبح المشتري

(١) بارد في الالتزامات بمجموعة بودري المطول ج ٢ من ١٢٣ ن ٩٣٥ الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ . ولكن يلاحظ في القانون الألماني ان الشارع أبطل الأثر الرجعي للشرط على اختلاف أنواعه (المادة ١٥٨ ونصها ما يأتي : « اذا حصل عمل قانوني تحت شرط توقيني ، فلا يتحقق أثر العقد . وهو الأثر الناشئ عن الشرط ، الا من وقت تحقق الشرط » . — انظر في شرح هذه المادة الترجمة الرسمية الفرنسية : « لقانون الألماني الجزء الاول من ١٩٠ — ١٩٢ » ولكن مع ابطال الأثر الرجعي للشرط فإن الشارع الألماني رأى من طريق آخر ان من شأن تحقق الشرط ان تتأثر به حقوق الغير (المادة ١٦١ . — انظر شرح هذه المادة بالترجمة المذكورة من ١٩٥ — ١٩٧ . — مع ملاحظة انه لا بد في الاخذ بالمادتين ١٥٨ و ١٦١ المذكورتين من الرجوع الى نظام السجلات العقارية الألمانية . — راجع بلايول ج ١ من ٧٣٠ ن ٢٣٥٥ والمهادش (٣) (٢) بارد ن ٩٣٦

بالخيار، ان شاء تسليم المبيع للبائع واسترداد ما دفعه ، أو الاحتفاظ بالمبيع ودفع تكملة الثمن . (الفقرة الاولى من المادة ١٦٨١) وأن هذا الخيار مقرر لمن حاز المبيع من المشتري (الفقرة الثانية من المادة ١٦٨١) . أى أن الفسخ بسبب الغبن أثرًا رجعيًا يتأثر بتأثر الغير حسن النية . وقال انصار الاثر الرجعى بأنه مادام الشارع قد قرر الاثر الرجعى فى حالة الغبن ، فيجب أن يؤخذ بالاثر الرجعى أيضاً فى الاحوال الاخرى ، أى فى حالة الاكراه والغلط والغش (ويلاحظ بأنه لا يوجد بالقانون المصرى مثيل للمادة ١٦٨١ الفرنسية لان الشارع المصرى لم يأخذ بنظرية الغبن بوجه عام ، انما أخذ بها فى حالة خاصة بالمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ مدنى كما ذكرنا) ورجعوا أيضاً الى المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى المعدلة فى ٣١ ديسمبر سنة ٩١٠ (ولا مثيل لها بالقانون المصرى) ونصها ما يأتى : « المالكون لحق معلق على شرط توقيفى أو على حق قابل للفسخ فى بعض الاحوال أو معرض للفسخ فى البعض الآخر لا يجوز لهم أن يرهنوا هذا الحق الا بالشروط التى تعلق بها حقهم فى الفسخ أو غيره . ويستثنى من ذلك ما إذا كان الرهن حاصلًا من جميع المالكين للعقار الشائع بينهم ، اذ يصح هذا الرهن ويحدث أثره القانونى المترتب عليه .هما كانت النتيجة المستقبلية لبينع العقار بالمزاد . العلى أول نتيجة القسمة » ^(١) وقالوا ان ما قرره الشارع بشأن الرهن يجب أن يكون ساريًا فى غير الرهن أيضاً من الحقوق العينية

٧٥ — وان كان اجماعهم صريحًا فيما يتعلق بالاكراه والغلط ، الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالغش . اذ قل بعضهم بأنه لا يؤخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغش . وحجته أن الغش فى ذاته لا يعتبر عيبًا يشوب الرضا وانه لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية ، أى الحكم بتعويض ، وانه يدخل فى هذا التعويض الحكم أيضاً بالفناء العقد ، على شرط أن لا يتعدى هذا الالفاء ونتائج الطرفين وورثتهم . ورد البعض المخالف لهذا رأى بأن نص المادة ١١١٧ مدنى فرنسى

صريح بأن الغش مفسد للرضا . ثم قلوا بأنه ولو كانت دعوى الالغاء تعتبر في ذاتها بمثابة تعويض لطالب الالغاء ، إلا أنها تستحيل بناء على ذلك الى دعوى تعويض حتى تحصر نتائجها بين الطرفين فقط^(١)

٧٦ — ويقول هؤلاء الشارحون (القائلون بأن الملكية لدى المشتري معلقة على شرط فاسخ أى شرط الالغاء) بأنه لما كان الحكم الصادر ضد المشتري بالغاء عقده لا يتعدى طرفي الخصومة ، أى لا يتعداها الى غيرها ، أخذاً بنظرية قوة الشيء المحكوم فيه ، وجب على المدعى وهو البائع ادخال المشتري من المشتري ، أو المرتهن منه رهناً حيازياً أو غير حيازى ، أو صاحب الاختصاص المتوقع على العقار ، ادخاله خصماً في الدعوى حتى يـكـون الحكم فى مواجهته ، وحتى لا يضطر البائع الى رفع دعوى أخرى ضد متلقى الحق العيني العقارى من المشتري ، خوفاً من احتمال تناقض الاحكام^(٢)

٧٧ — ويلاحظ الشارحون أن لهذا الرأي خطورة كبرى على المعاملات . اذ كيف يستطيع متلقى الحق العيني العقارى وهو حسن النية التعرف على ما يهدد عقد مملكته من خطر الالغاء بسبب يرجع لميوب الرضا ، وهو يجهل ذلك السبب ولا يستطيع التعرف عليه لا من طريق التسجيل ولا من غيره (ويلاحظ الشارحون على أن الخطر فى هذا الرأى لا يقف عند من يتعامل مع المشتري ، بل يتعدى أيضاً الى نفس البائع . اذ يخشى الافراد التعامل معه خوفاً من أنه يقضى فيما بعد بزوال العقد وزوال آثاره^(٣) .) ولكن نلاحظ نحن أن هذا الخطر من جهة المشتري لا يكون ما دام ان أسباب الالغاء معلومة لديه فيما اذا كانت متعلقة بالتدليس أو الغلط أو الاكراه ، أو كان يجب عليه أن يعلمها اذا كان السبب يتعلق بقصد الاهلية .

٧٨ — هذا ولم يشأ أصحاب هذا الرأى المؤيد باللقه والقضاء معاً أن يأخذوا

(١) بارد ن ١٢٦ ص ١٧٠ — ١٧٢ (٢) بلايول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٣ .
تليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٥ ن ٦٨ (٣) بلايول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٣ .

في سبيل حماية المشتري من المشتري بنظرية الوارث الظاهر^(١) حتى يقرروا الحكم بصحة التصرف الصادر من المشتري الاول الى المشتري الثاني ، بل أصرروا على ان يجملا زوال المقدم يتمشى على آثاره وعلى ما ترتب عليه من الحقوق مهما كان المشتري من المشتري حسن النية وفي حاجة الى العطف^(٢)

٧٩ — وبناء على هذه القاعدة القاسية قرر أصحاب الاثر الرجعي للالغاء قضا وقضاء الغاء التصرفات الحاصلة من المشتري الى الغير حسن النية . أجازوا ذلك ولو كل سبب دعوى الالغاء الغلط^(٣) ، الا اذا كان الغلط جسيما من جانب مدعى الالغاء ، كما اذا أشرك الوارث الحقيقي وارثا آخر معه غير حقيقي واعترف له بالوراثة ثم تبين له فيما بعد عدم صحة وراثة هذا الشريك^(٤)

٨٠ — وأجازوا الاثر الرجعي للالغاء اذا كان سبب دعوى الالغاء راجعا الى النفس^(٥) ، ولم يرضوا بالاكتفاء بالحكم بتعويض ضد فاعل القس^(٦)

٨١ — ولكنهم قالوا بصحة التصرف اذا كان الغير حسن النية واشترى بالمزاد عقارا مملوكا للقاصر ، حتى ولو تبين ان باجراءات البيع نقصا فيما يتعلق بالشروط القانونية^(٧)

٨٢ — وقالوا أيضاً بجواز التملك في هذه الحالة بالسبب الصحيح وحسن النية اذا كان الغير قد اشترى من المشتري الاول وهو لا يعلم طبعاً بما عاب عقد المملك له^(٨) ولو كان سبب الالغاء الاكراه^(٩)

(١) héritier apparent (٢) بلانيول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٠٣
(٣) erreur (٤) دالوز براتيك ج ٨ ص ٤٠١ ن ٦٩ . — تعليقات دالوز على المادة ١١١٠ ن ١٨٩ وعلى المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٤ doI (٥)
(٦) دالوز براتيك المذكور ن ٧٠ . — تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٦
(٧) دالوز المذكور ن ٧١ (٨) دالوز براتيك المذكور ن ٧٢ . — تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٥ ن ٧٤ (٩) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٥ . — وانظر ايضاً ن ٦٧ التي قررت قاعدة الالغاء بوجه تام أى مهما كان السبب في الالغاء

٨٣ — ولا تصدق قاعدة الاثر الرجعى، بما يترتب عليها من ابطال تصرفات الباعث الذى ألغى عقده، الا فى حالة المقارنات فقط. وأما فى حالة المنقولات فلا تسرى هذه القاعدة، نظراً لتلك القاعدة الاخرى القائلة بأن « حيازة المنقول سند تمليك » المقررة بالمواد ٦٠٧ / ٧٣٣ و ٦٠٨ / ٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى، ما عدا الحالة الخاصة بالاكره سواء كان سرقة باكره، أو سرقة عادية (١)

٨٤ — تصرفات القاصر : تصرفات القاصر قابلة للإلغاء والبطالان. فإذا أقرها بعد بلوغه زال عنها ما يهددها. وله طلب الغائها بعد بلوغه. ولو صيغ أثناء قيام الوصاية حق طلب الإلغاء. وإذا حصل تصرف من المشتري من القاصر للغير بطل التصرف أيضاً بإبطال عقد المملك لهذا الغير ولو كان هذا الاخير حسن النية (٢)

ولا يشترط فى دعوى الغاء تصرفات القاصر أن يثبت حصول غبن له، بل تقبل دعوى الإلغاء سواء حصل له غبن أو لم يحصل، لأن المسوغ للدعوى هو القصر ليس غير (المادة ١٣١ / ١٩٠ مدنى)

وليس الغبن بالقانون المصرى بوجه عام سبباً فى الغاء العقود، بخلاف القانون الفرنسى فإنه أجاز سبباً للإلغاء فى أحوال ثلاثة : (١) إذا كان الغبن حاصلًا فى بيع عقار وزاد الغبن عن $\frac{1}{3}$ من الثمن. ودعوى الإلغاء هى للبائع فقط (المادة ١٦٧٤ مدنى) — (٢) يؤخذ بالغبن باعتباره سبباً فاسخاً للعقد فى حالة القسمة وزاد الغبن عن الربع (المادة ٨٨٧ مدنى) — (٣) يؤخذ بالغبن فى حالة قبول الوارث للتركة إذا استقرت الوصايا العديدة (المادة ٧٨٣ مدنى). وما دام لا يوجد لهذه الحالات الثلاثة أمثال بالقانون المصرى فلا يؤخذ عندنا بالغبن باعتباره سبباً

غشا كل أو غلطاً أو اكراها : انظر المادة ١١١٧ مدنى فرنسى التى اجازت الفسخ عند الغيب فى الرضاء وذكرت فى هذا الموطن اسى التعيين، دعوى الفسخ بسبب عيب فى الرضاء action en nullité ودعوى الفسخ بسبب التين action en rescision تعليقات دالوز المذكور ل ٧٤٥ (١) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ من ١٩٠٥ ن ٧٥ (٢) تعليقات دالوز المذكور ل ٧٤٥

لاغيا ومبطلا للعقد (١)

الا أن الشارع المصرى أباح النبن فى حالة واحدة فقط ولمصلحة القاصر فيها اذا بيع عقاره وزاد النبن عن الخمس . ولا ترفع الدعوى أولا بالالغاء ، انما ترفع أولا وضرورة بطلب تكملة الثمن (المادة ٣٣١ / ٤١٩ م.دنى) . ولا تستحيل الدعوى فى نظرنا الى طلب الغاء العقد وابطاله الا اذا لم يقم المشتري بالوفاء بتكملة الثمن (٢) وتسقط دعوى تكملة الثمن بمضى سنتين (المادة ٣٣٧ / ٤٢٠ م.دنى) ونرى تبعا لذلك ايضا أن دعوى الفسخ التى قلنا بها عند عدم قيام المشتري بالوفاء بالثمن ، تسقط هى الاخرى بمضى سنتين

٨٤ - وما نتساءل فيه كيف تبيح القواعد العامة للقاصر حق طلب الغاء العقد الصادر منه مهما كان نوعه وبصرف النظر عما أصابه أو لم يصبه من النبن شئ . ما ، بينما يقرر الشارع بالمادة ٣٣١ المذكورة قصر الدعوى على المطالبة أولا بتكملة الثمن وعلى شرط أن يكون النبن زائداً عن الخمس وأن يكون العقد عقد بيع ؟ الذى نراه أن القاعدة العامة فى طلب الالغاء قائمة . وانما من المحتمل أن يكون قد شرعت قاعدة المطالبة بتكملة الثمن فى حالة ما اذا كان التصرف حاصلًا ممن يتولون الوصاية على القصر ، وقبل أن تنقرر قيود تربط الاوصياء فى التصرف فى أموال القصر ، وهى القيود التى كانت مبينة بلائحة المجالس الحسبية للمعاه والصادرة سنة ١٨٩٦ ، والتى أصبحت الآن جليلة بقانون المجالس الحسبية الاخير الصادر فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ (المادة ٢١ من القانون المذكور وبخاصة بضرورة الحصول على اذن من المجلس الحسبى فى حالة التصرف) ونرى أنه لا محل للاخذ بالمادة ٣٣١ المذكورة فيما اذا كان تصرف الوصى مطابقاً لقيود المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الاخير ، اذا كان التصرف صحيحاً من الوجهة الشكلية القانونية من حيث الحصول على مصادقة المجلس

(١) الالتزامات لناس ١٣٢ ن ١٤٤ و ١٣٣ ن ١٤٦ (٢) انظر مع ذلك

البيع للهلالى بك ص ٤٩٧ ن ٧٢٣

الحسبي. وان كانت المادة ٣٣٦ خاصة بالقاصر الا أن القضاء المصري جرى على أنها تنمى أيضاً على كل من كان مقود الاهلية. أما الفقه المصري فقد اختلف في الرأي^(١)

٨٥ — وبما تقدم يرى أن التصرف الحاصل من القاصر أو من مقود الاهلية بوجه عام تصرف قابل للبطلان . فاذا قضى بالبطلان كان لهذا الأخير أثر رجعي يتمشى على جميع التصرفات الحاصلة ممن ألغى عقده الى الغير ، سواء كان هذا الغير حسن النية أو سيئ النية . هذا هو مذهب القائلين بالآثر الرجعي للالغاء . أى أنهم لطفوا من قسوة هذا المذهب بأن أجازوا للغير حسن النية حق التملك بالتقادم الحسبي اذا كان لديه سبب صحيح كما رأينا

٨٥ مكرر — في اسرار الاعطام الملفية: ان الحكم الملغى للعقد لا يملك من حكم له حقاً لم يكن مملوكا له من قبل: بل الحكم يعتبر مؤيداً لحق مقرر من قبل . لان بالحكم الملغى للعقد زالت جميع التصرفات الحاصلة على العقار بمعرفة المشتري . وتعتبر الملكية في يد المدعى مستقرة لديه لم تبرحه . وعلى ذلك لا محل لتسجيل هذا الحكم^(٢) الا أن الشارع رأى مع ذلك أن يقرر تسجيل الحكم . ومع تقريره لهذا التسجيل فانه لم يقرر له جزاءاً شديداً يترتب عليه زوال أثر الحكم عند عدم التسجيل . بل قرر تعزيم الكاتب مبلغ ٥٠٠ قرش فقط (المادة ٦٤٠ / ٧٧٣ مدني والمادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) والفرض حيثئذ من هذا التسجيل انما هو مجرد اخبار الغير من طريق الحيطة بان المالك الظاهر ، وهو المشتري المفسوخ عقده ، أصبح غير المالك الحقيقي^(٣) وليس المقصود من تسجيل الحكم قتله حرفياً ، انما المقصود التأشير به بالسجل الذي تسجل به العقد المحكوم بالفائه

هذا ونلاحظ أن المادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسي الصادر سنة ١٨٥٥ قالت^(٤)

(١) شرح المدني لفتحى باشا زغلول ص ٢٥٢ . — البيع للهلالى بك ص ٤٩٨ الهامش ٤

(٢) بلانيول ج ١ ص ٧٣١ و ٢٣٥٦ (٣) بلانيول النبعة السابقة . — بارد

ج ١ ص ١٧١ و ١٢٧ tout jugement prononçant résolution, (٤) nullité ou rescision d'un acte transcrit.

بما يجب أن يقارن بما قالت به المادة ٦٤٠/٧٧٣ المصرية^(١)
وينصرف غرض الشارعين من المبارات المختلفة التي استعملوها الى إلغاء العقد
سواء كان الإلغاء يرجع للعيوب التي تشوب الرضاء^(٢) أو عيب الغبن (وذلك بقول
الشارع الفرنسي دون المصري بعيب الغبن^(٣) أو كان الإلغاء يرجع الى فسخ العقد^(٤)
لرفع البائع دعوى الفسخ بسبب عدم دفع المشتري الثمن طبقاً للمادة ٣٣٢/١٦٧٤ مدني
فرنسي^(٥)

وبناء على ذلك يرى انصار الاثر الرجعي ان حقوق الغير حسن النية تتأثر بالإلغاء
سواء كان الإلغاء ناشئاً عن عيوب الرضاء أو عيب الغبن ، أو عن طلب الفسخ اذا
طلبه البائع بسبب عدم دفع المشتري الثمن^(٦)

. المادة ٦٢٠/٧٤٧ مدني والدراسه جمعى : تقرر هذه المادة ما يأتى : « لا يحتج^(٧)
بحق البائع فى فسخ البيع^(٨) على من سجل بموافقة الاصول^(٩) حقوقه العينية التى
حازها من المشتري أو من انتقلت اليه حقوق المشتري^(١٠) قبل تسجيل عقد البيع »
وتقول المادة ٧ من قانون التسجيل الفرنسى الصادر سنة ١٨٥٥ والمقابلة للمادة
المصرية ١٠ ، يأتى : « لا يجوز رفع دعوى الفسخ المقررة بالمادة ١٦٥٤ من قانون نابليون
بعد انقضاء امتياز البائع ، اضراراً بالغير الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار بسبب
المشتري ، ويكونون قد راعوا القيود القانونية المقررة فى حفظ حقوقهم »

ومن هذين النصين المصرى والفرنسى يرى أنه لا يجوز للبائع حق رفع دعوى
فسخ البيع بسبب عدم دفع الثمن من المشتري اضراراً بالغير اذا سبق لهذا المشتري

-
- ... les jugements qui annuleront ou declareront la résolu- (١)
tion d'un acte transcrit. (٢) وذلك يقولها nullité و annuleront
(٣) rescision (٤) résolution (٥) فى هذه العبارة الاخيرة انظر بلايول
ج ١ ص ٧٣١ ن ٢٣٠٦ الهامش الاول (٦) بلايول ج ١ ص ٧٣١ ن ٢٣٠٦
(٧) n'est pas opposable (٨) l'action résolutoire (٩)
(١٠) régulièrement transcrit ayants droit

أن تصرف في العقار للغير وسجل الغير عقده قبل تسجيل البائع عقد البيع ، وهو التسجيل الذي يريد به البائع حفظ حق الامتياز المقر له على العقار ضماناً لدينه بالثمن (انظر المادة ٦٠١ / ٧٢٧ فقرة ٧ مدني . والمادة ٦١٤ / ٧٤١ مدني)

إذا علم ذلك كيف يمكن التوفيق بين نص المادة ٦٢٠ / ٧٤٧ مدني و ٧ من قانون سنة ١٨٥٥ الفرنسي من جهة ، وبين المادة ٦٤٠ / ٧٧٣ مدني و ٤ من قانون سنة ١٨٥٥ الفرنسي من جهة أخرى ؟ اذ ينص المادة ٦٤٠ تقرر الاثر الرجعي لحكم الفسخ^(١) ، تحظره المادة ٦٢٠ ولا تقضي به ضد المكتسب لحق عيني عقاري سجل عقده قبل تسجيل عقد البيع ؟ الواقع أن لا تناقض بين المادتين . لان المادة ٦٢٠ خاصة بحالة تصرف المشتري الاول للغير ، حيث لا أثر رجعي . والمادة ٦٤٠ خاصة بحالة عدم تصرف المشتري الاول للغير ، حيث يؤخذ بالأثر الرجعي ، اذ لا وجود للغير حتى يقال بوقوع الضرر

المبحث الثاني — البطلان النسبي بسبب يرجع للغير

٨٦ — يتناول هذا البحث الامور الثلاثة الآتية : دعوى ابطال تصرفات المدين . ودعوى الصورية . ودعوى النزاع في الملكية . ونفرد لكل منها قولاً (١) دعوى ابطال تصرفات المدين

٨٧ — ولو أنه ليس للدائن العادي ، الذي لم يتقرر له بالاتفاق مع مدينه ، تأمين خاص معين ضماناً لدينه ، حق الطعن في اعمال مدينه فيما يتعلق بتصرفات هذا الاخير في حالة المنقول والعقار ، الا أنه اذا تبين بان المدين انما أراد بالتصرف الاضرار بدائنه والحيلولة بينه وبين الحصول على دينه ، جاز لهذا الدائن حق رفع دعوى الابطال^(٢) أو الدعوى البوليصة (نسبة الى بولص ابريتور الروماني وهو أول من قررها) بشروط ثلاثة وهي الضرر والتدليس والتواطؤ^(٣)

١. résolutio (٢) action révocatoire

(٣) الاتزامات لنا ص ٣٣١ ن ٣٣٦ مكرر وما بعدها

فاذا توافرت شروط دعوى الابطال وقضى بابطال العقد الصادر من المدين ، فما هو أثر هذا الابطال بالنسبة للغير ، أى بالنسبة لمن تملك حقوقاً عينية على العقار المبيع من المدين ؟ فإذا فرض وباع المشتري العقار الى مشتري ثان فهل يترتب على ابطال عقد المشتري الاول ابطال عقد المشتري الثانى وذلك باعتبار أن زوال العقد الاول يترتب عليه حتماً زوال ما تفرع منه ، أم أن عقد المشتري الثانى ، حسن النية لا يتأثر بابطال عقد مملكه ؟

٨٨ — وبعبارة أخرى ما هى ماهية دعوى الابطال ، وما هو التكيف القانونى لها ؟ فهل هى دعوى الالفاء^(١) أو دعوى اصلاح الضرر^(٢) أم هى دعوى عينية ، أم دعوى شخصية ؟

ولقد احترقت لهذا التكيف أقلام الكتّابين وذهبت فيها مذاهب مختلفة . ومن قال منهم بأن دعوى الابطال عينية انما يرمى الى ما يرمى اليه القائلون بالعينية للامر الرجعى للشرط الفاسخ فى العقود التبادلية ، وللأثر الرجعى للالفاء فى دعوى الالفاء ، بما تبيناه فى مكانه هنا . ويريدون بالعينية حينئذ أن دعوى الابطال تنصب على العقار ، ليعود العقار الى مال المدين حراً من كل حق عيني تقرر عليه بفعل المشتري من المدين . ويقول أنصار شخصية دعوى الابطال ان أثرها لا يتعدى دائرة المدين والمشتري منه ، بحيث لا تتأثر بدعوى الابطال الحقوق العينية العقارية التى تكون قد تقرر على العقار بفعل المشتري .

٨٩ — ويظهر أن رأى الاصح فى ذلك هو القول بأن لهذه الدعوى خصائص معينة ، وان كانت تجمع بين العينية والشخصية ، الا أنها خصائص قد تقرر لها مع الزمن على ضوء الاعتبارات العملية من عهد الرومان للآن . وكان لازال الغرض الذى ترمى اليه انما ينصرف الى حماية حقوق الدائنين مع عدم المساس بمصالح الغير حسن النية^(٣)

(١) action en nullité (٢) action en réparation du préjudice

(٣) الالتزامات لنامى ٣٤٧ و ٣٥٣

وربما كان جنوحها الى الشخصية أقرب منه الى العينية . لان الفقه والقضاء (ما عدا بعض الشذوذ الذى لا حكم له) يعملان على حماية الغير حسن النية ، ولا يرغبان فى الاخذ بالمنطق البحت القائل بانه مادام قد زال عقد المشتري فلا بد أن يترتب على زواله زوال العقود الاخرى التى نشأت عنه بفعل المشتري . والذى نراه نحن فى هذا الشأن أن نرجع الى « نظرية التفاضل » التى نستعين بها فى كل اشكال بين المصالح المتعارضة . وتتساءل أى الاثنين أجدر بحماية القانون له ؟ الدائن العادى الذى لم يحتط فى حماية حقه بتأمين خاص ، أم المشتري من المشتري ، وقد اطمأن الى عقد البائع له ، اذ لم يرَ به شائبة تشوب الملكية ، ولذا تعاقد بحسن النية معه ؟ ان الضرورة العملية بل والعدالة تقضى بان يفضل المشتري من المشتري على الدائن العادى . لانه يجب على الدائن العادى أن يتحمل نتائج ثقته بمدينه ، فإذا خانها فيها هذا الاخير وجب أن لا تتأثر مصالح الغير بنتائج هذه الجناية

وعلى ذلك لا يتأثر الغير بحكم الابطال الا فيما اذا كان هذا الغير سيئ النية . لان القانون لا يحصى سوء النية ولا يجحد فيها مسوغاً للرعاية . وكذلك لا محل لحماية الغير فيما اذا كان موهوباً اليه

٨٩ مكرر — نعم وان كان غريباً أن يحكم بإبطال عقد المشتري من جهة ، ويحكم بصحة عقد المشتري منه من جهة أخرى ، وان فى ذلك تعارضاً قد لا يقبله المنطق البحت كما قلنا ، الا أن الاعتبار العملية هى التى تقضى بذلك . ومن طريق آخر فاننا نرى أنه ليس مما ينصرف اليه ابطال عقد المشتري زواله مع زوال أثره بالمره . انما ينصرف الحكم بصحة دعوى الابطال الى تقرير تعويض للدائن يتقاضاه من هذا المشتري الذى يعتبر شريكاً مع المدين فى ارتكاب الغش اضراراً بالدائن . أى أن جزاء التهريب لا ينصب على العقد بالذات وقد ارتبطت به مصلحة الغير حسن النية ، انما ينصب على الحكم بتعويض ليس غير

٩٠ — هذا ولا يتعدى أيضاً أثر الدعوى طرفي الخصومة . ولذلك لا يسرى الحكم القاضي برفض الدعوى على الدائن الذي لم يشترك فيها . لان الدعوى انما رفعت باسم الدائن رافعها خاصة ، ولم يرفعها بالنيابة عن جماعة الدائنين . ولذلك لا يستفيد من الحكم بابطال التصرف الا من اشترك من الدائنين فيها . وهذا ما يجعل دعوى الابطال تختلف عن الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن بالنيابة عن مدينه المقصر (١)

٩١ — وان كانت دعوى الابطال من الوسائل الدفاعية التي قررها القانون حماية للدائن ليستعين بها على ابطال تصرف المدين ، الا أنها كما رأينا وسيلة قد يتعطل اثر الاستفادة منها فيما اذا تصرف المشتري لمشتري ثان حسن النية . وليس الحكم بتعويض الدائن قبل المدين مما يطمع فيه . لان المدين الذي يعمل على تهريب أملاكه اضراراً بدائيته يكون في الغالب ممن نزل بهم العوز وأصبحوا معسرين

٩٢ — وان قيل بزوال الخطر من الدائن فيما اذا لم يتصرف المشتري في العقار المبيع قبل رفع دعوى الابطال ، وانه يترتب على الحكم بالابطال ضمان الدائن في الحصول على دينه من طريق التنفيذ على العقار الذي رد الى مال المدين ، الا أن هناك خطراً آخر يحدق بالدائن ، فيما اذا تصرف المشتري بعد رفع الدعوى واثناء قيام الخصومة الى مشتري ثان حسن النية . لذا جرى العمل على تسجيل عريضة الدعوى في هذه الحالة ايندانا للغير بالامتناع عن التعامل مع المشتري بشأن العقار . ولكن لما كانت عريضة الدعوى ليست من الاوراق المنشئة أو الناقلة أو المعدلة لحقوق عينية عقارية ، وهي الاوراق المقررة بالمواد ٦١١ / ٧٣٧ و ٦١٢ / ٧٣٨ م دنى فلا يكون تسجيلها حجة على الغير حسن النية . لان هذا الغير ليس ملازماً قانوناً في هذه الحالة بضرورة الاطلاع على هذا التسجيل . وعلى ذلك اذا بيع العقار اثناء قيام الخصومة لدى القضاء الى الغير حسن النية ، نفذ العقد على الدائن رافع دعوى الابطال

(٢) دعوى الصورية

٩٣ — ان العقد الصورى غير موجود قانوناً ولا يترتب على الصورية أى أثر ما . لان الصورية أزالـت العقد الظاهر بالعقد الساتر أى ورقة الضد . فكأنه لا تعاقـد ولا التزام . انما لما كان لا يجوز للفرد أن يتقاضى حقه بنفسه وبقوته ، فلصاحب العقد الساتر وهو الخفى أن ياجأ للقضاء للحصول على حكم مظهر أى مؤيد للصورية . واذا قضى بالصورية دل ذلك على أن الطرفين لم يرتبطا بأى رباط ما وانهما لم يتعاقدا تعاقداً منشأً لحق من الحقوق

٩٤ — ولما كلف للصورية نتائج تتأثر بها أيضاً حقوق الغير حسنـى النية فإن القضاء والفقه الفرنسيين لم يتفقا على الاخذ بالنتيجة التى أخذوا بها فيما يتعلق بأثر الحكم الصادر فى دعوى ابطال تصرفات المدين . لانه ينمـا لا يتأثر الغير حسن النية بحكم ابطال تصرف المدين الى المشتري (المشتري البائع للمشتري الثانى) فإن الفقه والقضاء فرنسـا قد اختلفا فى تقرير الاثر فى الصورية . فقال البعض بتأثر حقوق الغير حسن النية بالحكم القاضى بالصورية . وقال البعض الآخر بعدم تأثرها مطلقاً

٩٥ — وحجة الراى الاول القائل بتأثر حقوق الغير بحكم الصورية أن ليس للعقد الصورى أثر ما فى عالم الوجود ، وان العقد الصورى ، وهو العقد الظاهر ، معدوم الوجود ، اذ قضى عليه العقد الخفى ، وهو ورقة الضد . وما ترتب على المـدوم فهو معدوم . وعلى ذلك يكون للحكم القاضى بالصورية أثر رجعى على التصرفات الحاصلة من المشتري الصورى ، سواء حصلت هذه التصرفات الى الغير حسن النية أو سـيء النية . لانه ما دام أن البائع (وهو المشتري الأول) لم يملك مطلقاً فلا يستطيع أن يملك المشتري منه شيئاً ما مطلقاً ^(١) ولأنه قياساً على المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى التى

(١) كابتان وكولين ج ٢ ص ٦٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٠ — د ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢٧ — استئناف ٢٨ مايو ١٩١٣ م ١٥٠١٠ ص ١٤٠ رقم ٧٢ . وقد اشار هذا الحكم المصرى

تقول: « المالكون لحق ملق على شرط توقيفي أو على حق قابل للفسخ في بعض الاحوال أو معرض للفسخ بسبب الغبن لا يجوز لهم أن يرهنوا هذا الحق الا بالشروط التي تعلق بها حقهم في الفسخ أو غيره . ويستثنى من ذلك ما اذا كان الرهن حاصلًا من جميع المالكين الخ . . . » لا يجوز حينئذ للمالك الصوري أن ينقل للمشتري منه حقًا غير ذلك الحق المقرر له وهو الحق الصوري^(١)

٩٦ — وحجة الرأي الثاني الذي يأبى الاخذ بالاثر الرجعي ولا يرضى بتأثر الغير حسن النية بالحكم القاضي بالصورية ، هي المادة ١٣٢١ فرنسي التي تقول ما يأتي : « ليس لاوراق الضد أثر الا بين المتعاقدين . وليس لها أثر على الغير » وانه ليس للصورية أثر رجعي حتى ولو كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ باحدى الطرق المبينة بالمادة ٢٢٩/٢٩٤ و١٣٢٨ مدني فرنسي . لأن الشارع الفرنسي (بالمادة ١٣٢١ المذكورة) لم يشأ أن يلحق الاضرار بمجموعة الغير الذين اعتمدوا في تعاملهم مع المملك لهم الخائز للعقد ، فيما اذا تقدمت ضدهم ورقة الضد ، وعلى ذلك لا تتأثر حقوق الغير بصورية العقد المملك للمملك لهم ، سواء ثبتت الصورية فيما بعد بورقة الضد أو بأى طريقة أخرى^(٢)

٩٧ — القضاء الفرنسي : رأينا أن الرأي الغالب لدى الفقه الفرنسي هو الرأي الثاني القائل بعدم الأخذ بالاثر الرجعي للصورية اضراراً بحقوق الغير . والقضاء

الى الرأيين المتعارضين ورجح الاخذ بالرأى الاول والثى الحكم الابتدائي الذى اخذ بالرأى الثاني القائل بعدم نفاذ حكم الصورية على الغير حسن النية . — تطبيقات دالوز على المادة ١١١٠ من ٩٣٦ ن ١٨٨ . ومن هذا الرأي ايضا لارومبيير ودومولوب . — الاتزامات لنا من ٣٥٧ ن ٣٦٥

(١) فيما يتعلق بشرح المادة ٢١٢٥ مدني فرنسي انظر كتابنا في التأمينات من ١٢٠ ن ١١٦ و ١٢١ ن ١١٨ . وفيما يتعلق باستخدام المادة المذكورة لدى انصار هذا المذهب انظر بارد ج ١ ص ٧٦٥ ن ٧٤٠ . وليس يارد من انصار هذا المذهب

(٢) تراجع في ذلك كله بارد ج ١ ص ٧٦٥ وما بعدها ن ٧٤٠ — انظر الادلة في اثبات الاتزامات لنا ج ١ ص ٣٢٧ وما بعدها . — بلانيول ج ٢ ص ٣٩٧ ن ١٢٠٣ — دالوز براتيك ج ٨ ص ٤٦٠ ن ٦٣٩ .

الفرنسي قد اختلف أيضاً في تقرير نظره بشأن هذين الرأيين . اذ تارة يأخذ بالرأى الأول القائل بالاثـر الرجـعـي . وهذا هو قضاؤه الحديث ^(١) وطوراً يأخذ بالرأى الثاني القائل بالاثـر الرجـعـي وضرورة حماية الغير ^(٢) وعلى هذا الرأى كما رأينا بلا نيول وبارد . الا ان أبري ورويريان بأنه يؤخذ بالرأى الثاني فيها اذا كان الغير مكتسباً بمقابل كأن كان مشترياً أو دائئاً مرتهناً . ولا يريان محلاً لحماية الغير فيها اذا كان هذا الغير قد اكتسب الحق على العقار بلا مقابل كأن كان موهوباً له ^(٣)

٩٨ — القضاء المصري المختلط : تارة يأخذ هذا القضاء بالرأى الاول القائل بالاثـر الرجـعـي وتأثر حقوق الغير بالصورية . وحجته أن دعوى الصورية لا تعتبر في ذاتها وفي حقيقة الواقع لا دعوى فسخ ^(٤) ولا دعوى الغاء وابطال ^(٥) انما ترمى دعوى الصورية الى الحكم بأن العقد لم يسبق له وجود ما ^(٦) وعلى ذلك ليس للدائن المرتهن رهناً رسمياً من مدينه المالك الظاهر بعقد بيع صوري حق الاحتجاج على دائن البائع ، ذلك الدائن الذى رفع دعوى الصورية وقضى له بها بالمادة ١٧٦ و ١٩٧ مدنى مختلط . ما دام أن هاتين المادتين متعلقتان فقط بالعقود التى يقضى بفسخها (المادة ١٧٦) أو بإبطالها (المادة ١٩٧) ^(٧) ذلك لانه وان كان الشارع المختلط قد قرر بأنه ليس لفسخ العقود وإبطالها أثر بالنسبة لطائفة المرتهنين رهناً رسمياً ، الا أن ذلك مقصور فقط على حالة الفسخ والابطال . وأما والدعوى الصورية لا ترمى الى فسخ أو ابطال انما ترمى الى الحكم بالتقرير بعدم وجود أثر ما للعقد باعتبار أنه لم يولد للمرة في عالم القانون فلا محل حينئذ للأخذ بالمادتين المذكورتين في حالة الصورية

(١) س : ٩٠٠ ، ١ ، ٧٢٠ — د ٢٠٩٠٥٥ ، ٢٧ ، ويؤيد هذا الرأى كابتنان مع

كولين كما رأينا : كتابهما ج ٢ ص ٦٤ (٢) د ٩٣٠٥ ، ١ ، ٣٦٩

(٣) كتابهما ج ٤ الطبعة الخامسة ص ٢٤٢ النس والتطيق ٥٣ (٤) résolution

(٥) nullité (٦) inexistence (٧) استثناء م ٦ مارس ٩١٣ م ت ق .

٢٠٥ ، ٢١٤ — ج ٣ ص ٥٧٢ ن ٥٩٩٢

٩٩ — وتارة يأخذ هذا القضاء المختلط بالرأى الثانى القائل بالأثر الرجعى للصورية ضد الغير فيما إذا كان هذا الغير مشترياً بحسن نية من البائع له المالك الصورى ^(١) أو كان هذا الغير ممن تملك بوجه عام حقاً عينياً على العقار ^(٢) وحجته فى تقرير رأيه انه اذا أخذ بالعكس أى بالأثر الرجعى فيما يتعلق بالتصرفات المينية العقارية المسجلة طبقاً للقانون، لترتبت على ذلك نتائج خطيرة فى هذه المعاملات، واشكالات قد تضربها ضرراً ظاهراً ^(٣) ولكن اذا صدر الحكم بالصورية وأشهر الحكم على الكافة من طريق التسجيل، أصبح حجة على الغير ولا محالة ^(٤) على أن هذا القضاء لم يشأ من طريق آخر اعتبار المشتري من المالك الصورى فى حماية تامة وبوجه عام من هجمات المنازعين له ^(٥) كما أنه لم يشأ أن تكون حمايته للغير تشمل أيضاً الدائنين للمشتري بحسن نية من البائع المالك الصورى . اذ يأبى على هؤلاء الدائنين التمسك بالأثر الرجعى قبلهم ^(٦)

١٠٠ — القضاء الرهلى : رأى هذا القضاء الأخذ بالرأى الاول القائل بالأثر الرجعى وعدم حماية الغير بحسن النية ^(٧) وحجة هذا القضاء بعد أن وازن بين الرايين وبعد أن أشار الى ما أخذ به القضاء المختلط بالرأى الاول، ان العقد الصورى لا وجود له بالمرّة وأن هذا رأى « فى غاية من الصواب والعدل » ^(٨)

(١) استئناف م ٢٠ يونيو ٩١٨ م ت ق ٤٨٢، ٣٠٠ (٢) ١٣ مايو ٩٠٩، ٣٨٤، ٢١ (٣) استئناف ٢٧ فبراير ٩١٧ م ت ق ٢٩٠، ٢٥٣ (٤) حكم ١٣ مايو ٩٠٩ المذكور بالهامش ٢ (٥) ١٦ مارس ٩١٥، ٢٧، ٢١٩ (٦) ٧ مارس ٩١٢، ٢٤، ١٧٦ (٧) استئناف ٢٨ مايو ٩١٣ م ر ١٥٠١، ١٤ رقم ٧ . وهذا الحكم الذى الحكم الابتدائى الذى اخذ بالرأى الثانى القائل بالأثر اللارجعى بالنسبة للمشتري حسن النية (٨) ص ١٦ المامود الثانى فى النصف الاول من المجلة المذكورة

(٣) دعوى النزاع فى الملكية والمشتري من أحد المتنازعين

١٠١ — يحصل أن يتنازع اثنان على عقار ويدعى كل منهما ملكيته له ويأتى أحدهما وهو المالك الظاهر الذى تؤيده مظاهر الملكية وأماراتها الخارجية ، ويبيع العقار الى مشتر . ثم يصدر الحكم فى دعوى النزاع بعدم ملكية البائع . فهل يسرى هذا الحكم على المشتري أم لا يسرى ؟
ان رجعنا للمنطق البحت قلنا ان الحكم ناف للملكية لدى البائع . وعلى ذلك لا يملك المشتري ، ما دام قد اشترى من غير مالك

أما اذا رجعنا الى قواعد التسجيل والأصول المقررة فيه من حيث العلانية والاشهار فانه يجب ترك المنطق جانباً ، ويجب الأخذ بقواعد التسجيل وأحكامه . وعلى ذلك نقول بأنه اذا اشترى المشتري وسجل عقده قبل الحكم نفذ عقده على الحكم . أما اذا تسجل الحكم أولاً ثم سجل المشتري عقده أخيراً نفذ الحكم على المشتري . وهذا ما قضت به دائرة الدوائر المختلطة بحكمها الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٩١٤^(١) ولم يستقر هذا الرأى فى القضاء المختلط الا بعد أن اضطرت أحكامه فيه من قبل^(٢) وتأييد هذا الرأى أيضاً بالقضاء الاهلى^(٣) . ويأخذ به القضاء والفقهاء الفرنسيان^(٤)

١٠٢ — واذا كان الحكم لا يسرى على المشتري الا اذا تسجل قبل تسجيل

- (١) م ت ق ، ٢٦ ، ١٤٢ ، وعليه تعليق من محررى المجلة ، ومنشور أيضاً بمجلة جا ، ٤
٨٣ رقم ١٩٣ — انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٢
(٢) فيما يتعلق بهذا الاضطراب انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٧٦
اذ شرحنا به هذه النظرية الهامة وبيننا أوجه النظر المختلفة فيها . وبيننا آراء الفقه بمصر بشأنها وفيما
قرره « دى هلس » بؤلفه ج ١ ص ٢٩٦ ن ٩٩ وغيره من رجال الفقه المصرى
(٣) أسبوط ببيانة استئنافية فى ١٧ مايو ١٩١٩ م ر ا ، ٢١ ص ٣٤ رقم ٢١ — وقبله
حكم محكمة الاستئناف ١٧ مارس ١٩١٠ م ر ا ، ١١ ص ٢٥٥
(٤) البانديكت ج ١٧ ص ٤٩٦ (٢) ١٠٥٢

عقد المشتري ، فإن صاحب الحكم يصبح أثناء نظر الدعوى وهو مهدد بأن يقوم المشتري بتسجيل عقده قبل صدور الحكم وأثناء قيام النزاع . ومن أجل هذا الخطر الذى يهدد صاحب الحكم ، جرت عادة العاملين أن يسارعوا الى تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطعوا بذلك خط الرجعة على المشتري . فإذا سجل عقده الذى اشترى به العقار وقت قيام النزاع فلا يقع التسجيل الا بعد تسجيل عريضة الدعوى . ولكن هل تعتبر عريضة الدعوى من الاوراق الناقلة للملكية أو للحق العيني العقارى والخاصة بالتسجيل طبقاً للمادة ٦١١/٧٣٧ مدنى حتى يعتبر تسجيلها حجة على الغير ؟ يجب القضاء المصرى المختلط بالسلب ويرى أن الاوراق الخاصة بالتسجيل واردة بالمادة المذكورة على سبيل الحصر^(١) ويؤيده بعض رجال الفقه . ويقول البعض الآخر بالاجاب^(٢)

ويظهر أن رأى القائل بحصر الاوراق الخاصة بالتسجيل هو رأى الاصح فى عهد التسجيل الخاضع للقانون المدنى . ولكن الشارع المصرى قد تطور فى تقرير قاعدة حصر الاوراق الخاصة بالتسجيل . ذلك أنه أباح بالمادة ٧ من قانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ، كما سنشرح ذلك فى مكانه ، أنه يجوز تسجيل عريضة الدعوى فى بعض الاحوال المعينة . ويكون التسجيل فى هذه الحالة حجة على الغير ، أى على من تنقر له الملكية أو ينقر له أى حق عيني آخر منصب على العقار المتنازع فيه ، من تاريخ تسجيل العريضة . وهذه القاعدة من جانب الشارع مما تجعلنا نقول فى الوقت الحاضر بتعميم التسجيل عن كل ورقة لها علاقة بحق عيني عقارى . وسنبين ذلك فى محله عند ما نستعرض أمامنا فيما بعد أحوال المادة ٧ المذكورة وما ترمى اليه فى نصها الظاهر ، وما يجب أن تكون عليه من نص أوضح وأعم

(١) انظر كتاب الاموال لنا ص ٨٣٦ ن ٥٧٧ والهامش ٤ وانظر كتابنا فى اثبات الالتزامات

ج ٢ ص ٢٧٠ والهامش ١ (٢) الاموال لنا ص ٨٣٧ ن ٥٧٧ والهامش ١

§ ٣ — البطلان والتشريع المختلط

١٠٣ — لاحظ الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ انه لما كان المزارع المصرى قد أثقلته أنواع عدة من الازهاق حتى أعوزته المال فطلبه فلم يجده ، رأى هذا الشارع ضرورة حماية الدائنين الأجانب الذين كانوا يمدون المزارعين بالاموال اللازمة لاستغلال أراضيهم وترويج المعاملات العقارية وغيرها بين الناس^(١) فشرع لهم هذه القاعدة المقررة بالمادتين ١٧٦ و ١٩٧ مدنى مختلط وبغيرهما من المواد الاخرى فى أنه ليس لفسخ^(٢) العقد الناقل للملكية العقارية أثر ضار بحقوق الدائنين المرتهنين رهنا رسمياً عقارياً وبمحسن النية والمقيدة رهوناتهم بسجلات القيد ، وكذلك الحال بالنسبة لابطال هذا العقد والغائه^(٣) . والذي نلاحظه بشأن تقرير هذه القاعدة ما يأتى :

(١) نصت المادة ١٧٦ المذكورة على ما يأتى : « فسخ العقد^(٤) المشتمل على انتقال ملك العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار^(٥) اذا كانت رهوناتهم مسجلة^(٦) » وقد وردت هذه المادة عقب المواد المقابلة تماماً للمواد ١١٨ أهلى وما قبلها . ومن هذه المواد المادة ١١٧ أهلى (المقابلة للمادة ١٧٣ مختلط) التى أباححت الفسخ للدائن فيما اذا أبى المدين الوفاء بالتزامه كاملاً . ويظهر أن المادة ١٧٦ مختلط جاءت استثناء للمادة ١٧٣ مختلط أى جاءت استثناء لقاعدة الفسخ . بحيث اذا قضى بالفسخ وترتب عليه زوال آثار العقد المفسوخ فلا يؤثر الفسخ على الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً . ويظهر أن الشارع المختلط ، وقد وضع القانون المختلط المحامى الفرنسى « مونورى » المعروف فى ذلك الحين ، متأثر بقاعدة الاثر الرجعى الفرنسية التى شرحناها فى حالة الفسخ والالغاء . لذا رأى وضع المادة ١٧٦ حتى يرمى بها الى

(١) دى مجلس ج ١ ص ١١١ ٢٦٥ — الالتزامات لنا فى النظرية العامة ص ٢١٧ و ٢٣٢

(٢) résolution (٣) nullité (٤) résolution

(٥) créanciers hypothécaires (٦) inscrits

تقرير قاعدة تعارض مع ما كان معروفا في ذلك الوقت من قاعدة الاثر الرجعي للفسخ والالغاء

(٢) نصت المادة ١٩٧ المذكورة على ما يأتي : « بطلان ^(١) المشاركة المشتعلة على نقل ملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين يرهونات مسجلة ^(٢) إذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن ^(٣) » وقد جاءت هذه المادة عقب المواد الاهلية ١٣٦ وما قبلها (المادة ١٣٦ أهلى وما قبلها تقابل المادة ١٩٦ مختلط وما قبلها) . والمواد ١٣٦ وما قبلها المعقودة تحت عنوان « فى التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين ^(٤) » . (على ما فى الترجمة العربية من العيوب الظاهرة) انما هى خاصة بالرضا فى العقود . وعيوب الرضا هى فقد الاهلية والغلط والاكره والفس . أى أن المادة ١٩٧ مدنى مختلط قد جاءت على ما يظهر استثناء لقاعدة الابطال ^(٥) التبعى الناشئ عن الابطال المقرر للعقود المشوبة بعيوب الرضا الاربعة المعروفة . ولما كان للالغاء أثر رجعى عند الشراح الفرنسيين رأى « مونورى » واضع القانون المختلط أن يضع المادة ١٩٧ المذكورة حتى يكون الدائنون المرتهنون رهنا رسميا فى مأمن من الاثر الرجعى للابطال

(٣) ان الشارع المختلط أراد بالمادتين ١٧٦ و ١٩٧ مدنى مختلط مخالفة القاعدة المقررة عند الفرنسيين والقائلة بالاثار الرجعى فى حالتى الفسخ والابطال . ورأى القضاء المختلط أن لا يرجع فى حالة الصورية الى المادتين المذكورتين ، وأن لا يحمى الدائنين المرتهنين من المدين المالك الصورى ، لان الصورية خاصة بعقد غير موجود أصلا ^(٦) . أما المادتان ١٧٦ و ١٩٧ المذكورتان فانهما خاصتان بالعقد المهدد بالفسخ ^(٧)

| | |
|---------------------------------------|------------------|
| créanciers hypothécaires inscrits (٢) | nullité (١) |
| obligations conventionnelles (٤) | de bonne foi (٣) |
| résolution (٧) | inexistant (٦) |
| | nullité (٥) |

أو بالابطال^(١) . لذا يرى هذا القضاء الاخذ بالاثر الرجعى فى هذه الحالة^(٢)

(٤) لا محل للاخذ بالمادتين المذكورتين فى غير حالتى الفسخ والابطال . وعلى ذلك لا يؤخذ بهما فيما اذا كان المدين الراهن مالكا بعقد مهاد بدعوى ابطال تصرفات المدين^(٣) ولكننا نرى مع ذلك حماية الدائن المرتهن رسميا حسن النية فى هذه الحالة ، بالرجوع الى آثار دعوى ابطال تصرفات المدين فيما اذا تقرر للغير حسن النية حق عينى على العقار

(٥) هناك نصوص بالقانون المختلط ، ولبعضها أشباه بالقانون الاهلى ، تؤيد المادتين المذكورتين . من ذلك :

المادة ٢٤٢ مدنى مختلط القائلة بأنه فى حالة فسخ العقد بسبب استحالة الوفاء بالالتزام ، وما يترتب على هذا الفسخ من فسخ التعهدات الأخرى المتعلقة بالعقد ، فإن هذه القاعدة لا تسرى على الدائنين المرتهنين رهنا رسمياً (تقابل هذه المادة المختلطة المادة ١٧٩ أهلى ما عدا ما يتعلق بالدائنين رهنا رسمياً) والشارع المختلط متأثر هنا أيضاً بالاثر الرجعى الفرنسى فى حالة الفسخ

والمادة ٣٤٠ مدنى مختلط ولا شبيه لها بالقانون الاهلى تقرر ما يأتى : « اذا رهن العقار باثمه فى الحالة الاولى من الحالتين المذكورتين فى العقد السابق لدائنه ولم يعلمه بالشرط المعلق عليه البيع ، أو رهنه المشتري فى الحالة الثانية لدائنه ولم يعلمه بالشرط المعلق عليه فسخ البيع ، فوقع الشرط فى أى الحالتين لا يضر بحق الدائن المرتهن لعدم علمه » أما الحالتان اللتان أشارت اليهما هذه المادة فهما الواردتان بالمادة ٣٣٩ مدنى مختلط التى نصت على ما يأتى : « اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين تنتقل ملكية المبيع للمشتري من حين العقد . — وإذا كان البيع معلقاً على أمر واقع فيما بعد فيعتبر المبيع ملكاً للمشتري من تاريخ العقد » . والواقع أنه اذا لم

(١) nullité (٢) استئناف ٦ مارس ١٩١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ٢١٤ — ج ع ٣

ص ٥٧٢ ن ٥٩٩٢ (٣) ٦ نوفمبر ١٩٠١ ، ٣٠١٤ — دى هلس ج ١ ص ١١٠ ن ٢٥

يكن لهذه المادة شبيه بالقانون الاهلى فانه يجب الاخذ بها ما دام أن شروط العقد وما يكتنفها من القيود الخاصة بها لا تكون حجة على الغير الا بالتسجيل بوجه عام . فاذا لم تعلن القيود التى تراخى الطرفان عليها فلا يمكن الاحتجاج بها على الغير سواء كان ذلك فى القانون المختلط أو الاهلى

والمادة ١٣٤ مدنى مختلط التى قررت ما يأتى : « اذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع مع مراعاة حقوق اصحاب الرهن العقارية المسجلة ومن انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشتري مع استيفاء رسوم التسجيل وبين طلب ازام المشتري بدفع الثمن » وان كانت المادة ٣٣٢ أهلى المقابلة للمادة المختلطة هذه لم تشر الى الدائنين المرتهين والى المشتريين من المشتري وهم الذين سجلوا عقودهم قبل الفسخ ، الا أنه يجب الأخذ بالقانون الاهلى أيضاً بهذه القاعدة ، وذلك من طريق الرجوع الى قواعد التسجيل العامة

والمادة ٤١٧ مدنى مختلط والتى لا مثيل لها بالقانون الاهلى ، اذ قررت بأن الفسخ المنصوص عنه بمقد البيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن لا يحتج به على الدائنين المرتهين المقيدين . واذا رجعنا الى القواعد التى تقررت فى التسجيل نرى أنه يجب الاخذ بهذه المادة أيضاً فى القانون الاهلى ما دام أن عقد البيع غير مسجل . وأما اذا سجل وعلم به الغير ومنهم الدائنون المرتهون ، فانه من الحتم أن يسرى الفسخ على الغير ، مختلطاً وأهلياً . اذ لا يستطيع الغير أن يدعى لنفسه حقاً أكثر مما تقرر للملك له ، ما دام أن عقد الملك مسجل ومعلن على الكافة . ولذا نرى أنه لا يؤخذ بالمادة المختلطة هذه الا اذا كان عقد المدين الراهن وهو عقد البيع الذى اشترى به العقار ، عقداً غير مسجل . وأما اذا سجل ونص به على الفسخ فقد أصبح الفسخ وقتئذ معلوماً لدى الغير . واذا قيل بالعكس ، أى بعدم نفاذ الفسخ المقرر بالعقد والمعلن على الكافة ، على الدائنين المرتهين ، فلا حاجة حينئذ من التسجيل ، ولا تمنع الباعون عن البيع ما دام

أن الفسخ غير نافذ على من يملك حقاً عينياً على العقار المبيع ، وكان الفسخ منصوباً عنه بالعقد وتسجيل العقد وأصبح معطوفاً للغير

ومما يؤيد هذا الرأي الذى لا بد من الاخذ به حتماً ، المادة ٧٤٧ مدنى مختلط والمنقولة حراً بحرف بالقانون الاهلى بالمادة ٦٢٠ ، ونصها ما يأتى : « لا يمتنع بحق البائع فى فسخ البيع على من أعلن بموافقة الاصول حقوقه العينية التى حازها من المشتري أو من انتقلت اليه حقوق المشتري قبل تسجيل عقد البيع » وعلى ذلك اذا سجل الغير قبل تسجيل المشتري لقدمه فلا ينفذ فسخ عقد المشتري على هذا الغير . أما اذا سجل عقد المشتري أولاً وأصبحت حقوق البائع له معلنة ومعروفة لدى الكافة ، وكان الفسخ منصوباً عنه بمقد البيع المسجل ، فمن المحتم أن يسرى الفسخ على الغير الذى جاء وعلم بهذه الشوائب من التسجيل ، وأقدم على التعامل مع المشتري وهو لا يجهل ما يحيط بعقد المملك له

والمادة ١٠٧ مدنى مختلط والى لا مثيل لها بالقانون الاهلى ، اذ نصت على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للدائن المرتهن للعقار اذا كان معتقدا صحة الرهن أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من الرهن مدة خمس سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن »^(١)

والمادة ٧٨ مدنى مختلط التى تنص على ما يأتى : « تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الملة التابع لها الموصى . — أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الاموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب^(٢) أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً^(٣)

(١) ولما يتلقى بشرح هذه المادة انظر كتابنا فى التأمينات ص ١٢١ — ١٢٥ ١١٨٥
— ١٢٠ وعلى الاخص النبعة ١٢٠ الخاصة بتأثر هذه المادة بقانون التسجيل الجديد . اذ لا يجوز التمسك بها ما دام أن عقد الراهن غير مسجل كما أوضحنا ذلك فى مكانه

(٢) légitime réserve (٣) quotité disponible

ونحو ذلك فلا نضر بحقوق من انتقلت ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق الدائنين له برهنها اذ أن التملك أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه ^(١) ولا مثيل لهذه المادة بالقانون الأهلى والمادة ٤٧ مدنى مختلط فيما يتعلق بحق الانتفاع وعدم نفاذ زواله على الدائنين المرتهنين .

هذه هى النصوص المختلفة التى أراد بها الشارع حماية الغير . ولقد رأينا أن الشارع المختلط متأثر بالنظرية الفرنسية القائلة بزوال الحقوق المقررة للغير اذا زالت حقوق المملكين لهم . أى أن لزوال بوجه عام أثراً رجعياً ، سواء كان الزوال يرجع للإبطال أو للفسخ .

§ ٤ — فى نقد نظرية الاثر الرجعى لزوال العقد المملك

١٠٤ — الآن وقد اتهمنا من استعراض الآراء المختلطة والنظريات العامة فيما يتعلق بالآثار المترتبة على زوال العقد المملك بالنسبة لجماعات الغير على اختلاف أنواعهم ، فانا نرى الآن ضرورة لازمة لنقد هذه الآراء وبيان الصواب منها وما يتفق مع الضرورات العملية فى حدود القانون ، وما لم يكن صواباً ولا يلتزم مع هذه الضرورات ، ويطابق من طريق آخر اصول المنطق والبحث ونرى تقسيم هذا البحث الى مبحثين . أولهما يتعلق بالآثر الرجعى للفسخ ، وثانيهما يتعلق بالآثر الرجعى فيما يتعلق بالإبطال أى الانهاء

المبحث الاول — نقد نظرية الاثر الرجعى للفسخ

١٠٥ — نرى من الضرورى هنا أن نبين وجهة نظرنا فى ضرورة التفرقة بين كلمات ثلاثة نرى من اللازم أولاً أن نبين ما نرى اليه من كل واحدة منها بما

يتفق مع الاصول القانونية العامة والخاصة . هذه الكلمات الثلاثة هي الفسخ والالغاء والابطال

الفسخ : نريد به زوال عقد وجد صحيحاً . ولكن نظراً لظروف طارئة فيما بعد زال العقد . مثال ذلك فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن

الالغاء : ونريد به ابطال العقد لعيب شابه وقت انعقاده . كالعقد المشوب بشوائب الرضا وهي فقد الاهلية والغش والغلط والاكراه . وجرينا هنا على استعمال كلمة الالغاء حيناً والابطال أحياناً . ولكننا نميل الى استعمال كلمة الالغاء نظراً لما جرينا عليه بكتابنا في الالتزامات ، النظرية العامة ، الى قصر كلمة الابطال الى دعوى ابطال تصرفات المدين الحاصلة اضراً بذائمه

الابطال : وهي تلك الكلمة التي أوقفناها كما ذكرنا على دعوى ابطال تصرفات المدين

١٠٦- الفسخ والنظر القانوني البحث : العقد القابل للفسخ ، كعقد البيع الذي لم يدفع فيه ثمن الصفقة ، عقد معلق على شرط فاسخ . فلذا تحقق الشرط الفاسخ وهو عدم الوفاء بالثمن مثلاً ، فسخ العقد ، وكان للفسخ أثر رجعي يتمشى على الماضي . وبزوال العقد المفسوخ تزول جميع الحقوق العينية العقارية البحتة التي تقررت للغير قبل الفسخ . ويرجع ذلك الى أن الفسخ عيني لا شخصي ، أى أنه ينصب على العقار ولا يتوجه الى ذات الشخص وهو المشتري ، والى أن حكم الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني المندمج بالعقود التبادلية واحد

١٠٧- الفسخ وأعلام التسجيل : نفرض ثلاثة أشخاص : البائع (وهو المالك الاصل) والمشتري منه ، أى المشتري الاول ، والمشتري من هذا المشتري ، أى المشتري الثانى . فاذا فسخ عقد المشتري الاول بسبب عدم قيام الوفاء بالثمن وجب حتماً فسخ عقد المشتري الثانى . هذا فيما اذا لم يحصل تسجيل . ولكن اذا سجل

عقد المشتري الثانى ولم يتسجل عقد المشتري الاول ، فلا ينفذ الفسخ عليه ، لانه لا يستطيع أن يعرف فيما اذا كان للبائع الاصلى حق امتياز مقرر له بسبب الثمن الا بالتسجيل (المادة ٦٠١ فقرة ٧/٧٢٧ مدنى والمادة ٦٣٤/٧٤١ مدنى) وما دام أن عقد المشتري الاول لم يتسجل فلا ينفذ حق الامتياز على المشتري الثانى (المادة ٧٤٧/٦٢٠ مدنى و ٧ من قانون التسجيل الفرنسى سنة ١٨٥٥)

١٠٨ — وهنا قضت قواعد التسجيل على المنطق القانونى البحت الموروث عن الرومان . لانه ينما يُقضى بفسخ العقد وزواله بين البائع الاصلى والمشتري منه الاول ، فانه لا يترتب على ذلك زوال عقد المشتري الثانى الذى تسجل قبل تسجيل عقد المملك له . نعم وان كان المنطق يتأذى من الجمع بين زوال العقد من جهة المشتري الاول ، وعدم زواله من جهة المشتري الثانى ، اذ يجتمع النقيضان فى حالة واحدة ، فالذى نقول به نحن فى هذه الحالة هو عدم زوال العقد الاول ، استبقاء للعقد الثانى ، وان فسخ الاول قد استحال الى تعويض يشمل الثمن والخسائر التى لحقت بالبائع الاصلى . وبذا نخرج من مآزق المنطق البحت الذى لا بد وأن يلزم البحوث القانونية

١٠٩ — واذا فرض وسجل المشتري الاول عقده ولم يتصرف فى العقار لغير ثم فسخ العقد ، فلا محل لتسجيل الحكم القاضى بالفسخ . لان هذا الحكم ليس ناقلاً للملكية بالنسبة للبائع الاصلى ، بل هو مؤيد له . انما يكفى فى هذه الحالة التأشير بحكم الفسخ على هامش تسجيل العقد حتى يعلم الغير بأن المالك الظاهر وهو المشتري المسجل عقده ليس مالكا (المادة ٤٤٠/٧٧٣ مدنى والمادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسى سنة ١٨٥٥)

١١٠ — وليس الغير محمياً قط فى حالة طلب الفسخ من البائع الاصلى ، بل يكون محمياً أيضاً فى حالة طلب الفسخ من جانب البائع له . فاذا جاء المشتري الاول وطلب فسخ الصفقة ضد البائع له بسبب عيب جسم طبقاً للمادة ٣١٤/٣٨٨ مدنى و ١٦٤٣ — ١٦٤٤ فرنسى ، بعد أن سبق له أن رهن العقار رهناً رسمياً أو وقع عليه

بوجه عام حقاً عينياً عقارياً كحق ارتفاق أو غيره ، فإن حق هذا الغير لا يتأثر بالفسخ (المادة ٣١٤ المذكورة)^(١)

١١١ — ومن ذلك كله يتبين أن الشارع نأى بالمنطق البحث جانباً ورأى الاخذ بأحكام التسجيل ، وهى الاحكام التى تتفق مع الاعتبارات العملية ، وتؤيد الضرورات الاجتماعية . فحى المشتري الثانى من نتائج الفسخ ما دام قد سجل عقده قبل تسجيل عقد البائع الاصلى الذى زال الامتياز المقرر له بعدم تسجيل العقد . أما اذا سجل عقده اصبح هذا التسجيل حجة على الغير . اذ يجب فى هذه الحالة على الغير أن يعرف من طريق التسجيل بان عقد المملك له مهدد بالزوال فلا يقدم على التعامل معه تعامل عقارياً والتهديدات قائمة

المبحث الثانى — نقد الاثر الرجعى للالفاء

١١٢ — يحصل الالفاء لنوعين من الاسباب المعينة وهى أولاً . نوع يرجع للميوب التى تشوب الرضا : فقد الاهلية والنس والغلط والاكره والغبن . وثانياً يرجع للصورية

(١) فى نقد الالفاء بسبب الميوب المفسدة للرضاء

١١٣ — الميوب المفسدة للرضاء هى النس والغلط والغبن وقد الاهلية
١١٣ مكرر — الالفاء بسبب الغبن : رأينا كيف أن الشارع الفرنسى قرر بالمادة ١٦٨١ ققرة ٢ ان خيار لمن اشترى من المشتري من البائع المغبون ، وهو الخيار المقرر لنفس المشتري الاول ، إما الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، وإما رد العقار واسترداد الثمن المدفوع . ولما كان الشارع المصرى لم يميز الغبن سبباً فاسخاً للعقود الا فى حالة القاصر باسباب معينة (المادة ٣٣٦ — ٣٣٧ / ٤١٩ — ٤٢٠ مدنى) فلا محل حينئذ

(١) فيما يتعلق بحق الفسخ أو حق طلب قصاص الفن انظر البيع الهلالى بك ص ٤٣٤ —

للاخذ بهذه النظرية الفرنسية ، ولا للمادة ١٦٨١ فقرة ٢ المذكورة التي اجازت نظرية الاثر الرجعى ، وهى النظرية التى يتأثر بها الغير عند فسخ عقد المملك له . لان القانون الفرنسى لم يكتف فقط بالمادة المذكورة فى أن يقضى بفسخ عقد المشتري الاول بل رتب على هذا الفسخ فسخ عقد المشتري الثانى . وما قرره من الخيار للمشتري الاول من جواز الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، أورد العقار واسترداد الثمن المدفوع ، قرره أيضاً بالنسبة للمشتري الثانى . وفى تقرير الاختيار للمشتري الثانى . معنى الاثر الرجعى لفسخ عقد المشتري الاول

١١٤ - الانقضاء والعلو والغصب والكره : تساءل الشارحون الفرنسيون عما اذا كان الانقضاء هو الآخر عينياً أو شخصياً كما تساءلوا كذلك فى حالة الفسخ . واجابوا على ذلك بانه شخصى . الا أنهم رتبوا له نفس النتائج التى تترتب على اعتباره عينياً . أى حكموا بالاثر الرجعى للانقضاء ، الامر الذى يترتب عليه الغاء العقود التى تقررت بها الجماعات الغير حقوق على العقار ، حتى ولو كانت الجماعات الغيرية حسنة النية

قالوا ذلك وهم مدفوعون بدافعين . الدافع الاول ، المنطقى البحت . اذ يرون أنه ليس من المنطق ان يزول العقد الاصلى المملك وان تبقى العقود الاخرى المترتبة عليه . والدافع الثانى دافع قانونى . ذلك أنهم يرجعون فى تقرير الغاء عقود الغير ، أى فى نظرية الاثر الرجعى ، الى المادة ١٦٨١ فقرة ٢ التى قررت الخيار للمشتري من المشتري ، إما الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، واما رد العقار واسترداد الثمن المدفوع . ويقولون بأنه ما دام قد تقرر الاثر الرجعى فى حالة الغبن ، والغبن مبطل للعقد طبقاً للمادة ١١١٧ فرنسى ، فانه يجب من طريق القياس وفى جميع أحوال الانقضاء المعينة بالقانون ، أن يؤخذ أيضاً بالاثر الرجعى . وعلى ذلك ما دام قد أخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغبن ، فانه يجب الاخذ به فى حالة الغش والعلو والكره ، حتى ولو كان الغير حسن النية . وأيدوا وجهة نظرهم هذه بالمادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى الخاصة بان المالك

على شرط لا يرهن الا بهذا الشرط . ولعل الشارحين الفرنسيين مدفوعون في ذلك أيضاً بنظرية الشرط الفاسخ واحكامه المستقاة من المنطق والقانون . وما . وذلك انه ما دام العقد المملك للمشتري الاول مشوباً بعيب من عيوب الرضا ، وانه على ذلك قابل للالغاء فيما اذا طلب صاحب الشأن الالغاء ، ويزول عنه تهديد الالغاء صراحة أو ضمناً بالوسائل القانونية المعروفة ، يعتبر حينئذ هذا العقد المملك للمشتري الاول عقداً معلقاً على شرط فاسخ ، أى يلغى ويزول العقد ويزول معه جميع ما ترتب عليه ، فيما اذا طلب المالك الاصلى الالغاء

١١٥ - ولكن لما كان لهذا الالغاء في حالة الغش والغلط والاكراه (أى في غير حالة الغبن التى نص فيها الشارع الفرنسى بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ على الاثر الرجعى نصاً صريحاً) أثر مهدد للمعاملات بين الافراد وما ينجم عنه من المخاطر المعطلة والمزعجة لطوائف الغير حسنى النية ، رأى بعض الشارحين ، أن يخففوا نوعاً ما من وطأة الاثر الرجعى المأخوذ به بوجه عام في الغاء العقود . وذلك :

١ - أن قرر بعضهم عدم الاخذ بالاثـر الرجعى في حالة الغش ، وقصر الالغاء على العاقدين الاصليين دون الغير حسن النية ، اذ تعتبر دعوى الالغاء في ذاتها بمثابة تعويض لطالب الالغاء

٢ - لا محل للأثر الرجعى في حالة الغلط الجسيم من جانب طالب الالغاء ، أو في حالة نقص في بعض اجراءات البيع العلنى (بيع عقار القاصر)

٣ - أجازوا للغير التملك بالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية

١١٦ - نقد هذه النظرية : رأينا كيف تأثر الشارحون الفرنسيون بالمنطق البحت ، وكيف أيدوا منطقهم بالنظرية العامة للشرط الفاسخ ، وكيف دعموا مبدأهم بالمادة ١١١٧ فرنسى ، وكيف عملوا على معالجة المبدأ في شدته وقسوته ومبلغ خطورته على المعاملات ، وما يتهدد جماعات الغير حسنى النية من مخاطر المفاجآت في الالغاء وآثاره المزعجة . وانا لا نستطيع تأييدهم في هذا الرأى ونرى عدم الاخذ به لاسباب

ندلى بها ، وهي ترجع لاعتبارات قانونية مصرية ، ولا اعتبارات قانونية عامة

١١٧ — أولاً : الاعتبارات المصرية : ان القانون الفرنسى جعل الغبن من أسباب بطلان العقود (المادة ١١١٧) وفى عقد بيع العقار فقط اذا زادت قيمة الغبن على $\frac{1}{4}$ من الثمن الحقيقى (المادة ١٦٧٤) حتى ولو تنازل صاحب الغبن بالعقد نفسه عن حقه فى طلب الغبن ، وقرر بأنه وهب فرق الثمن الى المشتري (المادة المذكورة) ورتب الشارع الفرنسى على ذلك الفناء العقد المشوب بالغبن . ولكنه قرر الخيار للمشتري : إما فى استيفاء العقار مع دفع فرق الثمن ، أو رد العقار واسترداد ما دفعه (المادة ١٦٨١ الفقرة الاولى) كما أنه قرر هذا الخيار نفسه الى المشتري من المشتري (المادة ١٦٨١ الفقرة الثانية) أى قرر الاخذ بالاثر الرجعى . وأمام هذا النص الفرنسى الصريح لا محالة من الاخذ به

واما ولا يوجد بالقانون المصرى نص يحكى المادة ١٦٨١ بفقرتها فلا يصح . الاخذ بها ولا الاعتماد عليها فى تقرير نظرية الاثر الرجعى بمصر . اذ الغبن لا يعتبر بمصر سبباً من أسباب الفناء العقود الا فى حالة معينة تتعلق ببيع عقار القاصر وعلى شرط أن يكون الغبن زائداً عن خمس الثمن الحقيقى . وفى ذلك تقول المادة ٤١٩/٣٣٦ مدنى ما يأتى : « الغبن الفاحش ^(١) الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق الالبائع فى طلب تكملة الثمن ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القاصر فقط » ومن هذا النص قد يلاحظ أن الشارع المصرى لم يأت بحق الخيار (الفرنسى) المقرر للمشتري وبحق الخيار المقرر للمشتري من المشتري . أما فيما يتعلق بالخيار للمشتري فانه مأخوذ به من مفهوم المادة . ذلك لان الشارع أباح للبائع حق المطالبة بفرق الثمن فقط ، ولم يسمح له بادى ذى بدء وفى الاصل حق طلب الانفاء أولاً . والمستفاد من ذلك أنه اذا لم يندعن المشتري الى دفع فرق الثمن ، جاز للبائع وقتئذ طلب الانفاء .

وكل هذا لا يخرج عن أن الخيار للمشتري ، أن شاء دفع فرق الثمن واستبقى المقار ، وإن شاء رد المقار واسترد الثمن المدفوع . وعلى ذلك تكون قاعدة الخيار المقررة للمشتري الأول واحدة في القانونين المصرى والفرنسى وإن اختلفت صيغة النصوص هذا من حيث الخيار المقرر للمشتري . وأما من حيث الخيار المقرر للمشتري من المشتري فإن الشارع المصرى سكنت عنه ولم يشأ أن ينقل الفقرة الثانية من المادة ١٦٨١ فرنسى الخاصة بهذا الخيار . والذى يستفاد من ذلك أن الشارع المصرى لم يأخذ بنظرية الأثر الرجعى للإلغاء بسبب الغبن . ويترتب على ذلك أنه لا يصح الأخذ بالأثر الرجعى فى حالات الإلغاء الأخرى ، وهى الخاصة بالغش والغلط والأكراه . لأن الشارحين الفرنسيين عولوا فى أخذهم بالأثر الرجعى فى حالات عيوب الرضاء على نص المادة ١٦٨١ فقرة ٢ فرنسى ، وقالوا بأنه لا محل للفرقة بين الإلغاء بسبب الغبن ، والإلغاء بسبب الغش والغلط والأكراه ، ما دامت العقود المشوبة بهذه العيوب الأربعة هى باطلة بحكم القانون بالمادة ١١١٧ فرنسى

١١٨ — قد يعترض على رأينا هذا بأنه ولو أن الشارع المصرى لم يقرر الخيار للمشتري من المشتري ولم يقرر الأثر الرجعى فى حالة الغبن ، إلا أن الأثر الرجعى مستفاد من الأحكام العامة الخاصة بنظرية الشرط الفاسخ . وإن الملكية المعلقة على شرط فاسخ تزول بتحقيق الشرط ويؤول معها كل ما يترتب عليها ، لأن ما يترتب على المعدوم معدوم . وعلى ذلك يجب الأخذ بالأثر الرجعى فى حالة الغبن المصرى ، وفى الحالات الأخرى الخاصة ببقية عيوب الرضاء ، ما دام أن الملكية قد زالت بتحقيق الشرط الفاسخ فى كل ، وهو شرط طلب صاحب الشأن بحق الإلغاء . وعلى الاخص فإن الشارحين الفرنسيين قرروا قاعدة الأثر الرجعى للفسخ والإلغاء بوجه عام ، وأخذوا بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ المذكورة ، وبالمادة ٢١٢٥ الخاصة بالرهن المعلق على شرط ، أخذوا بهما من طريق التأييد باعتبارهما أدلة تؤيد رأيهم . أى أنهم لم يقصروا الأثر الرجعى على الغبن والرهن ، بل جعلوه عاماً فى حالات الفسخ والإلغاء ، واستندوا ،

في طريق التأييد ، بالمادتين ١٦٨١ و ٢١٢٥ المذكورتين . وكأن النصين المذكورين نصان مؤيدان ^(١) للآثر الرجعي لا منشآن له . ويترب على ذلك أن الشارع المصرى فى عدم قلة نص المادتين المذكورتين لم يرم الى مخالفة القواعد العامة المقررة فى الشرط الفاسخ وما يترتب عليه من الآثر الرجعى ، إنما قد أراد فقط من عدم النص تنادى التكرار بما لا مصلحة من وراء هذا التكرار

والرد على هذا الاعتراض وارد بالاعتبارات القانونية العامة الآتية :

١١٩ — ثانياً . الاعتبارات القانونية العامة : فى الحقيقة قرر الشارحون الفرنسيون الآثر الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام ، واستشهدوا بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ والمادة ٢١٢٥ ، من طريق التأييد العام ، لا من طريق الأخذ بالآثر الرجعى فى موضع خاص فى حالة النهن فقط . وكأن المادة ١٦٨١ مؤيدة لا منشئة كما لاحظنا نحن ذلك . ولكن هذا المذهب القائل بالآثر الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام مذهب غير صحيح وفاسد للأسباب الآتية :

١ — ان الشارحين الفرنسيين الى عهد قريب ، قد تأثروا تأثراً ظاهراً بالمنطق البحت حتى ساروا فى شوطهم الأول من أشواط الشرح والتفسير الى حد تفويق النص ومظاهره المنطقية على الاعتبارات العملية . وقد ساقهم الى هذا الخط فى التفسير المنطقى الصرف ، أولاً قرب عهدهم بالتقنين على شكل مواد ورغبتهم فى عدم الخروج عن قواعد المنطق وفى الباس النصوص الموضوعية لباساً يتفق مع تلك القواعد المنطقية . ثانياً . وقوف المدنية بوجه عام عند حد لا يلفت نظر المقننين الى خطورة الجود على النص اضراً بالمعاملات . ولكن لما سارت المدنية سيرها السريع وتعددت أنواع المعاملات تفرغت أقلام الشارحين من خطر المنطق من ناحية ، والجود على النص من ناحية أخرى ، ونادوا بمذهب علمى وعملى فى آن واحد ، وهو أن لا يساز فى وضع

مناهج التفسير للقانون إلا على قاعدة مراعاة الضرورات الاجتماعية الحاضرة^(١) باعتبار أن النصوص وقف على الأفراد ولم يكن الأفراد وفقاً على النصوص . وتفرعت عن هذا المذهب أصول قانونية عصرية لا زالت تعاني في أدوار تكوينها عناداً من خصومها يأبون عليها حق الوجود في عالم القانون . ويأبى الشارع إلا أن يؤيدها من وقت لآخر بقوانين منفردة ومنعزلة . ولم يفت القضاء أيضاً أن يمدّها في القليل النادر من أحكامه بشيء من التأييد القريب والبعيد . ولعل نظرية المخاطر^(٢) هي أولى هذه النظريات العصرية

لذا أخذ المنطق البحث يتوارى الآن قليلاً أمام نمو المدنية الحاضرة وما ترتب عليها من قواعد وأصول جديدة ، ان تنافرت مع المنطق فهي تؤيد الحياة العملية وتعمل على رواجها ورفع عوائق التعطيل في طريق سيرها

٢ — أوليس التسجيل المقرر لأول مرة ببلجيكا سنة ١٨٥١ وفرنسا سنة ١٨٥٥ وبمصر سنة ١٨٧٥ أولى الامارات الدالة على أن القانون أخذ يسير في طريق غير ذلك الطريق القديم ، وأنه جعل للاعتبارات العملية مركزاً لا يزعهه منطق ، ولا تقاليد تاريخية ؟ أليس التسجيل يقضى بأنه مع الحكم بصحة البيع الاول الحاصل من البائع للمشتري الاول وضرورة نفاذه عليهما ، فإن البيع الثانى الحاصل من نفس البائع الى المشتري الثانى نافذ أيضاً اذا تسجل هذا البيع الثانى بحسن نية قبل تسجيل الاول ، وهكذا في الحالات الاخرى الخاصة بالتسجيل ؟

٣ — ان الشارحين أنفسهم هجروا المنطق جانباً وانساقوا مؤقتاً في طريق حماية الغير بحسن النية في دعوى ابطال تصرفات المدين . اذ بينما يقررون بطلان عقد المشتري من المدين ، فاتهم يقولون بصحة عقد المشتري بحسن نية من المشتري . هذا ، مع أنه لا يوجد بالقانون نص يحمي المشتري من المشتري ، ومع أنهم يأخذون بالاثـر

الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام . انهم لم يروا محلا للاخذ بالاثـر الرجعى للشرط الفاسخ فى حالة ابطال عقد المشتـرى من المدين المعسر ، وابطال عقد المشتـرى من المشتـرى ، خوفا على المعاملات وما يتهدهما من اخطار الالفاء . وهنا يتعذر علينا فهم الحكمة من الأخذ بنزعة حماية الغير فى مجال المعاملات فى بعض المواطن دون البعض الآخر مع أن الغير واحد ، وحسن النية واحد .

٤ — ان الاثر الرجعى للشرط الفاسخ منطقى بحسب ، وقد تأثر بالاعتبارات العملية التى يحجبها الشارع فى كل آن ، وهى الاعتبارات التى ترمى الى حماية الغير . وان صح القول بالاثـر الرجعى للشرط الفاسخ فانه يجب أن لا يتعدى غير المتعاقدين وان لا يرمى باثره الى خلافهما . فاذا جاء الغير واشترى العقار من المشتـرى الاول وهو لا يعلم بما يحيط هذا المقار من ظروف تشوب وجوده ، وطريق العلم الوحيد المقرر فى العصور الحاضرة هو التسجيل ، وجبت حماية هذا الغير

وهنا يجب أن نرجع الى قاعدة التفاضل التى نستعين بها فى حل كل خلاف بين متنازعين على شىء واحد . اذ تساءل أيهما أحق بالعناية ، هل المالك الاصلى الذى وقع عليه الغش والغلط والاكره ، أم المشتـرى بحسن نية من المشتـرى الاول (المشتـرى الاول هو من أفسد الرضاء على البائع الاصلى) والمشتـرى الثانى لا يعلم بما عاب عقد البائع له ؟ ان نحن أبجنا تفضيل المالك الاصلى على الغير وهو المشتـرى الثانى ، لتعطلت المعاملات بين الافراد وخاف الغير من التعاقد مع شخص وهو لا يعرف ما كمن وراء العقد المملك للبائع له من عيوب مستورة لا يستطيع الوقوف عليها . وهذا التخوف قال به أيضاً انصار الاثر الرجعى للشرط الفاسخ . وهنا تظهر المصلحة العامة المتعلقة بضرورة رواج المعاملات ، فى حالة تنافس مع المصلحة الخاصة المتعلقة بالمالك الاصلى . والذى يجب عمله فى هذه الحالة هو أن يحى الغير وأن يقصر الضرر على المالك الاصلى للاعتبارات الآتية : أولا . ان المصلحة العامة فى خطر فيجب حمايتها حتما . ثانيا ان المالك الاصلى ، وقد شاب العقد الصادر منه احدى

شوائب الرضاء ، يجب عليه أن يتحمل وحده نتائج العيب الذى شاب رضاءه . لانه واقع عليه بالذات . فان كان مُعْتَبَرًا بقسط وافر من الحرص لما وقع عليه الغش أو الغلط أو الاكراه . نعم وان صحت هذه الملاحظة في مطالبته بزيادة الحرص في حالة الغش والغلط وصح معها القول بأنه يتحمل وحده دون غيره نتائج عدم حرصه هو ، وانه لا تصح هذه الملاحظة فيما اذا وقع عيب الرضاء في حالة الاكراه ، وهو واقع عليه بلا دخل لنقص الحرص لديه : ان صح ذلك كله فانه يجب أن لا يفوتنا أنه في حالة الاكراه ، وهى الحالة الوحيدة التى يمكن اعفاؤه فيها من مطالبته بزيادة الحرص ، لا يجوز أيضاً قصر نتائج الاكراه على الغير دون من وقع عليه الاكراه بالذات . لانه ان صح القول وهو يصح حتماً ، بأن الانسان مسئول وحده دون غيره عن نتائج خطاه (وخطاه في عدم زيادة الحرص بأن وقع عليه غش وغلط ، لانه لو عُي كثر العناية عند التعاقد لما وقع فى غلط ولما دخلت عليه خدعة الخادعين) فانه مسئول أيضاً عما يقع له وحده من حوادث القضاء والقدر ، أى الحوادث الجبرية والحوادث القهرية . فاذا سرق له متاع فلا يتحمل نتائج السرقة خلافاً هو لا الغير . واذا جرف منزله سيل جارف تحمل هو نتائج ذلك . ولماذا لا يكون الامر كذلك فيما اذا وقع عليه اكراه وتعاقد تحت سلطان الاكراه ؟ لماذا لا تنحصر نتائج الاكراه فيه وحده دون غيره ، والاكراه حادث جبرى حكمه حكم كل حادث جبرى يقع له ؟ لا نستطيع أن نفهم الحكمة من أنه في حالة الحادث الجبرى الذى يقع على المالك الاصلى قبل تصرفه فى عقاره ، تنحصر نتائجه عليه ، وانه في حالة تصرفه فى العقار الى شخص آخر لا تنحصر نتائج الحادث الجبرى فى شخص المالك الاصلى ، بل تمتد الى الغير الذى اكتسب العقار بحسن نية . حكمة التفرقة معذومة . ولذا يجب الاخذ فى جميع هذه الاحوال بهذه القاعدة العادلة العامة ، وهى قاعدة أن أيديها العدالة البحتة ، فان القانون يشد أزرها ويولبها من قوته قسطاً وقياساً : هى قاعدة أن يتحمل الانسان وحده نتائج ما يقع عليه بفعله أو بفعل القضاء والقدر ، وانه لا يجوز أن يتأثر الغير بما يقع لهذا الانسان فى هذه

الاحوال . وهذه القاعدة ، قاعدة مخاطر الانسان لذاته^(١) ان صح هذا التعبير ، قريبة من قاعدة مخاطر الملكية^(٢) ، وروح التعليل فيها واحدة

لانه اذا كان في نظر انصار المسؤولية الشئئية^(٣) ان المالك مسئول وحده أمام الغير عن مخاطر ملكه في دائرة الحوادث الجبرية لالقهرية ، أى فيما يقع على ملكه من الحوادث التى لا دخل فيها للطبيعة ، كما اذا سقط منزله على السكان أو المارة أو انفجر مرجل آلة بخارية له فأصاب الغير ، فانه يجب أن يترتب على نظرية المخاطر فى ذاتها من وجهها العامة أن يتحمل الانسان نتيجة ما يحصل له بإرادته أو بغير إرادته . لان الفعل الذى وقع عليه بغير إرادته ، قد وقع عليه هو بالذات . ومن العدل أن يتحمل وحده هذا الفعل . وما دام أنه يستفيد من أعماله التى يجريها لنفسه خاصة فيجب أن يتحمل نتيجة هذه الاعمال نافعة له أو ضارة

ولا يجوز أن يتحمل فقط نتيجة الاعمال التى يجريها هو بالذات ، بل يجب أيضاً أن يتحمل نتيجة ما يقع له من الحوادث التى لا دخل لإرادته فيها والتى تحصل بفعل الغير أو بفعل الطبيعة أو بفعل القانون . وإذا كان مما لا شك فيه أنه يستفيد وحده من هذه الاعمال التى تقع له بلا دخل لإرادته فيها ، فمن العدل أيضاً أن يتحمل وحده ما يقع له منها من الأضرار ، ولا يجوز بحال أن يستفيد من هذه الاعمال اذا كانت نافعة أو أنه لا يتحمل أضراراً اذا كانت ضارة . وهذا التعليل فى تقرير نظرية « مخاطر الانسان لذاته »^(٤) هو بعينه ذات التعليل الذى قرره أنصار نظرية مخاطر الملكية وما تفرع عنها من نظرية مخاطر العمل^(٥) والعللة فى نظرية المخاطر على اختلاف مظاهرها الخارجية انما ترجع الى هذه القاعدة الاصلية العامة وهى قاعدة « الغرم بالغنم » لأنه من المجازفة القول بتحميل الغير وهو المشتري من المشتري نتائج عيوب

risque de propriété (٢)

(٤) هذا التعبير من عندنا نحن

risque de soi-même (١)

responsabilité objective (٣)

risque professionnel (٥)

الرضا ، الامر الذى يترتب عليه الفاء عقده باعتبار أن هذا الالفاء نتيجة منطقية لالفاء عقد المملك له . ومن الغريب أنه لم يرجع فى تقرير الفاء عقد الغير الى اصول قانونية بحتة ، بل رجع فيه الى استقراء منطقي صرف لا دخل له فى اصول القانون فى شئ . اذ قالوا ما ترتب على الباطل باطل . وهى قاعدة أقرب للمنطق منها للقانون . ولم يراع فى تقريرها المصلحة العامة والاعتبارات العملية المتعلقة بالمعاملات بين الافراد فيما يتعلق بالعقارات ، وهى المقارات التى تقررت لها قاعدة العلانية من طريق التسجيل وحده ، بما فيه هجر للاصول المنطقية

ونحن ان قلنا بالاثار الرجعى بالنسبة للغير فاننا لم نحرم المالك الاصلى المجنى عليه فى عيوب الرضاء ، من حق الرجوع بالتعويض على المشتري الاول . كذلك لم يرد انضار الاثر الرجعى حرمان المشتري الثانى من حق الرجوع بالتعويض أيضاً على المشتري الاول . وحق الرجوع بالتعويض فى المذهبين مأخوذ به . انما محل الخوف هو من اعسار من يرجع اليه بالتعويض وهو المشتري الاول فى الحالتين . وهنا تظهر نظرية التفاضل أيضاً فى مظهر خارجي آخر لها . وهو من الاول يتحمل نتائج اعسار المشتري الاول ؟ هل المالك الاصلى ، أم الغير وهو المشتري من المشتري ؟ والمقياس المعروف فى عملية التفاضل هو الرجوع اما الى الخطأ واما الى نظرية المخاطر فى حوادث القضاء والقدر . والمالك الاصلى مسئول وحده عن نتائج عيوب الرضاء مهما اختلفت ألوانها ، لانه ان قيل بشبهة الخطأ من جانبه فى حالة الفس والغلط ، والمسئولية حتما واقعة عليه ، فانه من طريق آخر فى حالة الاكراه ، وهو فى ذاته حادث جبرى خارج عن ارادته ، مسئول أيضاً عما يقع عليه . اذ ليس من العدالة أن يتحمل الغير نتيجة ما وقع بالقضاء والقدر بشخص آخر (ويلاحظ أن ليس فى ذلك تعارض مع نظرية مخاطر الحرفة ^(١) التى تقول بتحمل صاحب المصنع بنتائج الاضرار التى تقع

لعمله بفعل الحوادث الجبرية ، لان المسئولية راجعة هنا الى مخاطر الملكية بالذات (١) فيما اذا اتصل الجنى عليه بالمالك بصفة التعاقد في عقد الاجارة الشخصية)

ومعها قلبنا النظرية على وجوهها المختلفة نجد أن القول بالاثـر الرجعى فى حالة الانقـاء الذى يرجع الى العيوب المفسدة للرضاء ، قول إن أباه المنطق البحث ، فانه قول مؤيد بالعدالة المجردة عن الاستقراء المنطقى ، وبالقانون من طريق الرجوع الى القاعدة العامة التى اختطها الشارع المصرى الآن فى حماية الغير من طريق واحد وهو طريق التسجيل

٤— ان التسجيل فى الوقت الحاضر هو الطريق الوحيد فى حماية الغير . وقد قضت أحكام التسجيل ، سواء كان التسجيل بالمعنى الفرنسى أو بمعنى القانون المدنى المصرى أو بمعنى قانون التسجيل الجديد ، أو بمعنى التسجيل الالمانى ، قضت أحكامه على أحكام المنطق . ولا محل . مطلقاً فى تأثر الاصول القانونية الحاضرة بهذا المنطق البحث . وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية بالنسبة للغير الا بالتسجيل . ومن غير التسجيل لا تنتقل بالنسبة له ولو كانت منتقلة الى المشتري الاول الذى لم يسجل ، فى عهد القانون المدنى . واذا سجل العقد أصبح بمشتملاته حجة على الغير . فاذا اشتمل على عدم دفع الثمن . أصبح امتياز البائع حجة على الغير . أما اذا لم يشتمل على ذلك فلا يكون الامتياز نافذاً حتى ولو كتبت كبيالات يباقي الثمن على المشتري . وعلى ذلك اذا كان قد تقرر للبائع فى هذه الحالة جواز طلب فسخ عقد البيع ، وأن لهذا الفسخ أثراً رجعياً يرجع الى تاريخ العقد ، فانه لا يجوز أن يتعدى هذا الاثر الرجعى دائرة البائع والمشتري منه . فاذا فرض وتقرر حق عيىن عقارى للغير على هذا المقار ، نفذ حق الغير على البائع الاصلى ، ولا ينفذ امتياز هذا الاخير على الغير (أنظر المادة ٦٢ / ٧٤٧ مدنى) . كل ذلك لان عقد البيع الاول المسجل خلو من ذكر بقاء الثمن بذمة المشتري الاول .

وان الطريق الوحيد القانوني في اخبار الغير فيما يتعلق بالعقار انما هو طريق التسجيل ليس غير

وهنا لا نفهم معنى لهذه التفرقة فيما يتعلق بالاثـر الرجـى بين عقد البيع المسجل والخالى عن ذكر بقاء الثمن بذمة المشتري ، وعقد البيع المسجل المشوب بعيب من عيوب الرضاء . اذ العقدان مشوبان بالتهديد بالزوال . الاول مهدد بالزوال بالفسخ لسبب عدم دفع الثمن . والثاني مهدد كذلك بالزوال بالالغاء بسبب عيب في الرضاء . والزوال بالفسخ أو الالغاء يرجع الى سبب معين . وعدم ذكر السبب في حالة الفسخ لا يترتب عليه الاخذ بالاثـر الرجـى . وهذه التفرقة بين عقدين مهـددين بسبب واحد من حيث أثر الزوال فيهما ، تفرقة لا يبررها لا القانون ولا العدالة . فمن حيث القانون فان التسجيل هو الاداة الوحيدة في افهام الغير بما شاب العقد . وما دام أن العقد المشوب بعيب من عيوب الرضاء مسجل ولا يتم التسجيل طبعاً عن هذا العيب ، فلا يجوز مطلقاً مؤاخـذة الغير بسبب الالغاء ، ذلك السبب الذي يحمله قانوناً . واذا أضفنا الى ذلك الاعتبارات العملية المستفادة من طبيعة المعاملات بين الافراد وهي الاعتبارات التي يعمل القانون على حمايتها في كل آن وكلما دعت الضرورة اليها . ترجع لدينا عدم الاخذ بالاثـر الرجـى . هذا من حيث القانون . وأما من حيث العدالة فانه لا يجوز كما قلنا أن يتحمل الغير نتيجة ما وقع بالمالك الاصل

٥ — ان الشارحين أنفسهم لم يجمعوا على ضرورة الاخذ بالاثـر الرجـى في جميع حالات عيوب الرضاء ، بل خرج البعض منهم على الجماعة ، وقرر عدم الاخذ بالاثـر الرجـى في بعض هذه الحالات كما رأينا . وقرروا فوق ذلك حماية الغير في بعض الاحوال كما مر بنا القول . وكل هذا يؤدي وجهة نظرنا في أن نظرية الاثر الرجـى ، ان هي الا نظرية يفندوها المنطق وحده . وكلما وجدت المصلحة الغيرية في خطر . وكانت الخطر بها صارخاً ، عاجل الخارجون على المنطق هذا الخطر من طريق الاحتيال على تفسير

النصوص القانونية تفسيراً يؤيد المصلحة العامة ويرفع عنها ما يهددها من أنواع المخاطر المختلفة

٦ - ان عناية الشارع تنصرف كما قلنا الى وضع الخطط القانونية التي يرمى بها الى حماية الغير . ووضع من أجل ذلك نظرية التسجيل . وقد قام رجال الفقه والقضاء من جانبهم أيضاً على حماية الغير فيما لم ينص عليه نصاً صريحاً وفيما لم يأت له نص يؤيده . ولعل أقرب الامثلة في ذلك مثل الوارث الظاهر^(١) اذ أجمع الفقه والقضاء على حماية الغير الذي تعامل مع الوارث الظاهر . أى حماية الذى تقرر له حق عيني عقارى قبل شخص غير مالك وهو الوارث الظاهر . فاذا أخذنا بالمنطق البحت لوجب الغاء عقد الغير (الغير الذى لم يمض عليه خمس سنوات مع السبب الصحيح) مادام أن المالك له غير مالك . ولكن الرأى الاجماعى على خلاف ذلك . وهو يرمى الى حماية الغير الذى اعتقد أن المالك له هو الوارث حقيقة بناء على ما رآه من مظاهر الملكية الخارجية . ولقد علل الشارحون هذا الرأى القائل بصحة تصرف الوارث الظاهر الى الغير بأن الوارث الحقيقى قد ارتكب خطأ فى عدم ظهوره فى الوقت المناسب للمطالبة بحقه فى الارث . ومن ارتكب خطأ وجب عليه تصحيح ما وقع بسبب خطئه . ولا يرجو الغير تصحيحاً أكثر من عدم المساس بحقه العيني العقارى الذى تقرر له على العقار المبيع من الوارث الظاهر . وما على الوارث الحقيقى الا ان يرجع على هذا الاخير بالتعويض ، وعليه وحده تحمل اعساره .

نعم وان كنا نؤيد هذا التعليل القانونى الذى يرجع الى نظرية الخطأ ، ولكننا نلاحظ أنه لا يمكن الاستعانة بهذا التعليل فى حالة ما اذا لم يكن هناك خطأ ما من جانب الوارث الحقيقى ، كأن منعه عن المطالبة بحقه فى الارث حادث خارج عن ارادته . والذى نراه فى هذه الحالة ضرورة الاستعانة بنظرية المخاطر ، فى أن يتحمل الانسان

وحده نتائج الاعمال التي تقع له بلا دخل لارادته ، وتكون ضارة به ، ما دام أنه ينتفع وحده بنفس هذه الاعمال اذا كانت نافعة له .

وسواء رجعنا في المسوغ العلمي لاعمال الوارث الظاهر الى نظرية الخطأ أو الى نظرية المخاطر التي تقول بها نحن ، فإن الاجماع قائل بضرورة الاخذ بها . والعلة العملية وهي غير العلة القانونية ، هي حياه الغير حسن النية الذي ما كان يستطيع الوقوف على حقيقة الحال ومعرفة الوارث الحقيقي بجانب الوارث الظاهر .

ومما ندهش له أنه بينما الاجماع حاصل في صحة نظرية الوارث الظاهر ، ذات المسوغ العلمي لها وهو حماية المعاملات ورفع ما يمكن أن يشوبها من الاضطراب والقلق فيما اذا أخذ بالمنطق البحت وقرر إلغاء حق الغير ما دام أن المملك له ليس هو الوارث الحقيقي ، فإن أنصار الاثر الرجعي للإلغاء لم يرغبوا في الاخذ بمبدأ الأثر اللارجعي في حالة الإلغاء قياً على نظرية الوارث الظاهر ، مع أن العلة العملية واحدة . والعلة القانونية في نظرنا واحدة ، اذا أضفنا الى مسوغ الخطأ مسوغ المخاطر . وندهش على الأكثر اذا لاحظنا أن الشارحين كما ذكرنا عنوا بحماية الغير ، وحماية المعاملات بوجه عام ، فيما يتعلق بدعوى ابطال تصرفات المدين ، ولم ينشوا بحماية الغير في حالة الإلغاء ، مع أن المسوغ العلمي لهذه المظاهر الخارجية للمعاملات واحدة .

٧ — ان عناية الشارع في سبيل حماية الغير في مجال المعاملات ظهرت من زمن بعيد فيما يتعلق بالمنقولات . وقررت قاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » حتى لا يضار الناس في تعاملهم مع بعضهم البعض في المنقولات . والعلة العملية في تقرير هذه القاعدة هي ضمان المعاملات مما يشوبها من الاضطراب والقلق فيما اذا قضى بالمنطق البحت بإلغاء عقد الغير ما دام عقد المملك له باطل . نعم وإن كان لقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » نص بالقانون يحميها (المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٣٣ و ٦٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي) إنما كان يجب أن يراعى أنه من مهمة الفقه والقضاء الاستعانة بروح التشريع وضرورات الحياة العملية في تقرير الاصول القانونية الضامنة للأفراد . ولها في مبدأ

التسجيل في المسائل العقارية أكبر سند يرجعون اليه في تقرير الاصول القانونية كما ذكرنا بما يضمن للغير حقوقهم ، بصرف النظر عن المنطق البحث ومضاره العملية

٨ — انه مما يتفق مع الروح المصرية للتشريع الحاضر المشيع بالاعتبارات العملية ، والتسجيل أثر تشريعى من آثارها الظاهرة ، أن يرجع في تقرير حقوق الغير الى العلانية . فما تسجل يصبح حجة على الغير . ولا دخل حينئذ للمنطق البحث في هذه الحالة . وعلى ذلك يجب حصر الأثر الرجعى في دائرة لا تتعدى العاقدين ، ولا يصل مداها الى الغير . وهذه القاعدة مأخوذ بها في أحكام التسجيل . ومن مظاهرها المادة ٦٢٠/٧٤٧ مدنى والمادة ٦١٥/٧٤٢ مدنى . وأنا نرتب على هذه القاعدة ، قاعدة الاثر الرجعى على الغير ، ان المادة ١٦٨١ فقرة ٢ مدنى فرنسى ، انما هى مادة استثنائية وردت في حالة معينة وهى حالة الغير . بمعنى أن المشتري من المشتري بفرنسا يجب عليه ، من غير طريق التسجيل ، وهذا الوجوب من جانب الشارع ، أن يبحث بحثاً دقيقاً في قيمة العقار الذى يشتريه وفى الثمن الذى دفعه البائع له للمالك الاصلى . وأنه لا يجوز مطلقاً التزام الغير فى جميع الحالات الاخرى الخاصة بغير البيع وخاصة بالعيوب الاخرى التى تعيب الرضاء ، بأن يبحث عنها من غير طريق التسجيل . ونرى حينئذ أن نظرية الاثر الرجعى هى نظرية التسجيل ، ويستثنى منها حالة الغير المنصوص عنها صراحة بالقانون الفرنسى بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢

وأما بشأن قانوننا المصرى ، وحيث لا أثر به للمادة الفرنسية المذكورة ، فانه يجب ، الأخذ بقاعدة الاثر الرجعى باعتبارها القاعدة العامة المقررة بالتسجيل ، وأنه لا استثناء لهذه القاعدة فى أى حالة من حالات العيوب المفسدة للرضاء

وبناء على ذلك نرى أن المواد المختلطة ١٧٦ و ١٩٧ وغيرهما من المواد الاخرى ما عدا المواد ٧٨ و ١٠٧ لم تخرج عن كونها مؤيدة لنظرية الاثر الرجعى فى حالة الالفاء والفسخ . وأنه يجب الاخذ بهذه المواد بالقانون الاهلى برغم عدم وجود أمثال لبعضها . الاخذ بها بالقانون الاهلى يرجع الى القواعد العامة التى أدلينا بها ، وهى تلك القواعد

التي تقضى بالاثـر الرجـعـي في الغاء الفسخ .

ولقد لاحظنا أن الشارع المختلط أتى بتلك النصوص المؤيدة للاثـر اللارجـعـي في الالغاء والفسخ وحماية الغير ، وهو متأثر بنظرية الاثر الرجعي التي أخذ بها أغلب الشارحين في عصره ، وهم يعملون في جو منطقي بحث تغلب فيه روح الاستنباط المنطقي على الاعتبارات العملية . لذا سارع هو الى وضع هذه النصوص قطعاً لخط الرجعة على المنطق وهجمات في المسائل القانونية . ولعله اصاب في ذلك كل الاصابة ولكن إن أصاب الشارع المختلط في النص على الاثر الرجعي في الالغاء والفسخ فإن الشارع الاهلي لم يصب في سكوته دون النص عليه هو الآخر . وبما تتأذى به العدالة في مصر أن يكون هناك تشريعان يرمى أحدهما الى حماية المعاملات مما يهددها من مخاطر الاضطراب والقلق ، ويقف الآخر حجر عثرة في طريق هذه الحماية ، مع أن الشعب واحد والمعاملات قائمة بين العناصر المختلفة المكونة لسكان مصر . لذا نرى ضرورة التوحيد في الاصول القانونية . ولا نرى مسوغاً في ذلك سوى الرجوع الى القواعد العامة التي أدلينا بها هنا في الاثر اللارجعي للالغاء والفسخ ، دون الحاجة الى الاستعانة بنصوص ما . ولا نرى في النصوص المختلطة المتقدمة والتي لا مثيل لها بالقانون الاهلي ما يعتبر شذوذاً عن القواعد العامة ، أي أننا لا نرى فيها معنى الانشاء^(١) انما ننظر اليها باعتبارها مؤيدة للقواعد العامة^(٢) وحببتنا في ذلك ما سبق أن قررناه بشأن المسوغات العملية والعلمية لقاعدة الاثر اللارجعي في زوال العقد بالالغاء أو الفسخ بما لا محل للعودة اليه هنا

١٢٠ — الالغاء بسبب فقد الأهلية : الاهلية شرط لازم لمصلحة العقد (المادة ١٢٨ / ١٨٨ مدي) وهي إما مطلقة أو تبعية (المادة ١٢٩ / ١٨٩ مدي) ويرجع فيها الى حالة مفقود الاهلية (المادة ١٣٠ / ١٩٠ مدي) وهي مفسدة للعقد

حتى ولو لم يثبت هناك حصول غبن لمفقود الاهلية (المادة ١٣١/١٩١ مدينى)

١٢١ — أثر فقد الاهلية بالنسبة للمتعاقدين : تعود الحالة بينهما الى ما كانت عليه وقت التعاقد . ويجب على المتعاقد البالغ أن يرد المقار لمفقود الاهلية . ويجب على هذا الاخير أن يرد الى الطرف الآخر ما استفاده بالفعل وظهر له أثر بماله (أى بمال مفقود الاهلية) . ولا شك أن الاثر الرجعى للالغاء مأخوذ به بين المعاقدين ولا محالة

١٢٢ — أثر فقد الاهلية بالنسبة للغير : أو بمعنى آخر أثر الالغاء بالنسبة للغير . سبق أن رأينا أن للالغاء بسبب فقد الاهلية أثراً رجعياً على الغير ونعلم من طريق آخر أن المشتري من مفقود الاهلية لا يملك بالتقادم الحسى أو التقادم الطويل ، لأن التقادم بنوعيه موقوف حتى يزول سبب فقد الاهلية (المواد ٨٤ / ١١٣ مدينى و ٨٥ / ١١٤ مدينى)^(١) وإذا كان التقادم موقوفاً بالنسبة للمشتري من مفقود الاهلية فهل يعتبر كذلك بالنسبة للغير ، كالمشتري بحسن نية من مفقود الاهلية ؟ أو بعبارة أخرى هل لالغاء عقد المشتري الاول أثر رجعى فيأبى عقد المشتري من المشتري ، أم ليس له أثر رجعى ؟ الذى نقول به أن لهذا النوع من الالغاء أثراً رجعياً تتأثر به حقوق الغير ، وهم من تملكوا حقوقاً عينية عقارية على عقار مفقود الاهلية . ولا نرجع فى تعليل الاثر الرجعى الى القاعدة المنطقية القائلة بأن ما ترتب على الزائل زال . انما نرجع فى ذلك أيضاً الى الاعتبارات العملية . ذلك لانا وان قلنا بالاثر اللارجعى فى حالة الغش والتلبط والاكراه لتعذر معرفة الغير للعيوب المفسدة للعقد من طريق التسجيل وهو طريق الاشهار والعلاينة ، فان الامر فى التعرف على سبب فقد الاهلية لدى المالك الاصلى يمكن الوقوف عليه من السجلات العامة . اذ يستطيع الغير الكشف بهذه السجلات لمعرفة أسباب فقد الأهلية ان كان يرجع للتقصير ، أو لامتداد الوصاية ، أو يرجع لعته والسفه . لان قرارات الوصاية

والقوامة قد أصبحت بمقتضى قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ مملنة على السكافة من طريق رصدها بسجلات خاصة (المادة ٤٣ من القانون المذكور انحصاراً بترتيب المجالس الحسبية) وأما من حيث معرفة السن لمن كان قاصراً فالامر فيه يرجع أيضاً لدفاتر المواليد وهى دفاتر عامة

١٢٣ — وبما مر يتبين أننا فى تقريرنا لنظرية الاثر الرجعى فى بعض الاحوال دون البعض الآخر لم نرجع الى المنطق البحت . لاننا ان رجعنا اليه كان من المحتم أن نأخذ بالاثر الرجعى فى جميع الاحوال أخذاً بهذه القاعدة العامة الخطرة بأن ما ترتب على الزائل زائل . انما رجعنا الى الاعتبارات العملية والى الاصول القانونية . ولم نقف عند الاعتبارات العملية دون الاصول القانونية . لاننا لو فعلنا ذلك لكان عملنا بعيداً عن الصبغة القانونية . أما من حيث القانون فاننا أخذنا بالاصول المترتبة على التسجيل فى حماية الغير ، وهى الاصول التى قضت على المنطق البحت . وقد أيدنا هذه الاصول بالاعتبارات العملية ، وهى الاعتبارات التى كانت السبب الوحيد فى العصر الحاضر فى تقرير نظرية التسجيل . ولقد لاحظنا أن التسجيل إنما شرع ايذاناً للغير بما يحف تعاقده من الخطر . وشرع التسجيل لأجل أن يكون اداة يستعين بها الغير فى معرفة ما يشوب العقار من العيوب . والذى نراه بناء على ذلك وقياساً على التسجيل ، انه كلما كان فى استطاعة الغير معرفته من طريق الاطلاع على سجلات عامة معدة للأفراد ، أصبح الزوال حجة عليه . وعلى العكس من ذلك كلما كانت معرفته لظروف العقد المهدد بالزوال مستحيلة من طريق العلم بواسطة السجلات العامة ، وجب أن لا يكون للزوال أثر رجعى عليه . ولقد رأينا كيف أننا قلنا بالاثر الرجعى لزوال العقد بالنسبة للغير ، اذا كان العقد المملك لمن يتعاقد مع الغير مشوباً بعيب فقد الاهلية . اذ فى هذه الحالة ليس من المستحيل على الغير معرفة أنواع فقد الاهلية من الاطلاع على سجلات المجالس الحسبية أو دفاتر المواليد . أما اذا كان عيب العقد المهدد بالزوال يرجع للفسخ أو الغلط أو الاكراه ، فلا يكون لزوال العقد أثر ما قبل

الغير . لانه من المستحيل عليه معرفة هذا العيب من طريق الاطلاع على سجلات عامة معدة لذلك . واذا كان المبدأ الذى تقول به انما يرجع لنظرية العلم بواسطة الاطلاع على السجلات العامة ، وهى النظرية المستفادة من روح تشريع نظرية التسجيل ، وانه بذلك لا يؤخذ بالاثـر الرجـحـى لزوال العقد على الغير ، فانا قلنا من طريق آخر أيضاً بأن المالك الاصلى ، وهو من تعاقد مع المالك للغير ، انما يتحمل وحده نتيجة عيوب الرضاء ، خلاف عيب الاهلية كما ذكرنا ، أخذاً بنظرية المخاطر . وعلى ذلك نرى أن الرأى الذى تقول به مؤيد بالقانون من جهتيه : من جهة الغير بالرجوع الى نظرية العلم من طريق السجلات العامة . وهى نظرية قانونية . ومن جهة المالك الاصلى بالرجوع الى نظرية المخاطر وهى نظرية قانونية أيضاً . وأما حل هذا الاشكال بالمنطق البحت وان ما ترتب على الزائل زائل ، فلا يعتبر حلاً قانونياً بالمعنى العلمى العصرى ، ذلك العلم الذى تقررت أصوله بالرجوع الى الاعتبارات العملية

(٢) فى نقد الالغاء بسبب الصورية

١٢٤ — رأينا كيف أن القضاء والفقهاء بفرنسا والقضاء بمصر قد اتقسمت فى تقرير نتائج الصورية بالنسبة للغير . اذ يقول رأى بالاثـر الرجـحـى وهو متأثر فى ذلك بالمنطق البحت . ويقول رأى آخر بالاثـر اللارجـحـى ، وهو يرى فى مذهبه ما يتفق مع الضرورات العملية . وانا نقر الرأى الثانى . ونرى أن للاعتبارات العملية مسوغاً لتقرير مذهب الاثر اللارجـحـى . وحجتنا فى ذلك ترجع أيضاً الى ما كاد يجمع عليه أهل الرأى فقهاً وقضاءً بشأن نتائج العقد المطعون فيه بالظمن الخاص بابطال تصرفات المدين اضراراً بالدائنين . اذ قرر هذا الرأى عدم تأثر حق الغير بدعوى ابطال تصرفات المدين . ومن غريب الامور فى ذلك أن الرومان قرروا الأخذ بالاثـر اللارجـحـى فى حالة دعوى ابطال تصرفات المدين ^(١) ويرى أعلام الفقه فى العصر الحاضر عدم

الآخذ بالآثر الرجعى فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، وعدم الدخول فى المناقشات الدقيقة والمساجلات النظرية البحتة فيما اذا كانت هذه الدعوى دعوى عينية تتمتع بالآثر الرجعى ، أو دعوى شخصية لا يسرى عليها الآثر الرجعى . ويرون فى هذه الدعوى أنها وليدة تطورات قانونية متأثرة بالاعتبارات العملية . ولم تخرج عن كونها دعوى الغرض منها حماية الدائنين مع ضرورة حماية الغير حسن النية ، أى أنها دعوى ترمى الى التوفيق بين مصالح متعارضة^(١)

ومن غريب ما نلاحظه فى هذا الشأن انه بينما يكاد يكون اجماعاً بين اعلام القانون القول بالآثر اللارجعى بالنسبة للغير فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، فانا نراهم منقسمين فى تقرير هذا الآثر اللارجعى فى حالة دعوى الصورية . اذ لانزال نرى القضاء الفرنسى فى أحكامه الحديثة آخذاً بالآثر الرجعى بالنسبة للغير فى دعوى الصورية^(٢) ويؤيدهما الفقه الفرنسى الحديث^(٣) وقد كنا نحن قد تأثرنا أيضاً بهذا الرأى فأخذنا به قبل الآن^(٤)

١٢٥ — والذي نراه أن الرأى القائل بالآثر اللارجعى هو الاصح وحجتنا فى ذلك ما يأتى :

(١) رأينا فى دعوى ابطال تصرفات المدين كيف تغلبت الاعتبارات العملية على الاستقراء المنطقي البحت . وكيف قرر أعلام القانون بانه يجب حماية الغير حسن النية من مفاجآت زوال العقد المطعون فيه بالابطال . لانه من المستحيل على الغير أن يعلم بسوء نية المملك له ، وهو المشتري من المدين ، من طريق التسجيل ، وهو الطريق الوحيد المرسوم له فى استيفاء ما يراه لازماً لصحة عقده . والا اذا قيل بالآثر الرجعى

(١) كولين وكابان ج ٢ ص ٥٩ . — الالتزامات لنا التبعة السابقة مباشرة
(٢) د ، ٩٠٥ ، ٢٣ ، ١٢٧ وكذلك القضاء المصرى م ر ا سنة ٩١٤ ، ١٥ ص ١٤٠
(٣) كولين وكابان ج ٢ ص ٦٤ الطبعة الثانية سنة ٩٢٠
(٤) الالتزامات ص ٣٥٧ ن ٣٦٥

لانهارت معاملات كثيرة ونولى الاضطراب المعاملات بين الناس ، لانهم لا يطمثون
اذ ذاك الى استقرار حقوقهم ما دامت مهددة بالزوال الرجعي فيما زال عقد المملك لم
٢) هذه الاعتبارات العملية التي عول عليها في تقرير الاثر اللارجعي في دعوى
ابطال تصرفات المدين ، هي هي بعينها نفس الاعتبارات العملية التي يجب التعميل
عليها في تقرير الاثر اللارجعي في دعوى الصورية

قد يحتاج علينا بأن الصورية تفيد بأن العقد الصورى ليس له وجود قانونى ما ،
ولم يخلق فى عالم الوجود القانونى حتى يترتب له أثر بالنسبة للغير . فكيف ولا وجود له
مطلقاً يقال بوجوده من حيث ترتيب أثر صحيح له قبل الغير ؟

نقول لا محل لهذا الاعتراض المنطقى البحث . ولا محل للاستعانة بهذا المنطق
الجاف لأنه مفسد للقانون ومعطّل المعاملات بين الناس . ذلك لأنه وان قيل من
جهة المنطق البحث (والقانون أيضاً) بأن العقد الصورى لم يوجد مطلقاً ، فانه يجب أن
يقال بأن عدم الوجود المطلق هذا انما هو محصور ومحصور فقط بين المتعاقدين ولا
يتعداهما . ولكن العقد (الصورى حقيقة) انما هو موجود قانوناً بالنسبة للغير . لانه لما
جاء الغير وتعاقّد مع المالك الصورى لم ير أمامه سوى هذا العقد « الصورى » الذى
لا يعلم منه أثراً للصورية . بل يرى فيه عقداً مملكا لم تشبه شائبة قانونية ترجع للشوائب
التي يمكن التعرف عليها من طريق الاطلاع على السجلات العامة ، سواء كانت
سجلات التسجيل أو سجلات المجالس الحسبية أو سجلات المواليد . وأما الشوائب
الأخرى المستورة فى عالم الخفاء والتي لا يتم عليها مظهر خارجى لها مثل السجلات العامة
فهي لا تكون حجة على الغير . فالغش والغلط والاكراه لا يكون حجة على الغير
حسن النية . وكذلك الصورية ليست حجة على الغير . وفى الواقع فانه لا فرق بين
العقد الباطل بسبب عيوب الرضاء ، والعقد الصورى ، لان الالغاء فى الاثنين واحد
يرجع الى وقت انعقاد العقد . ومحل ذلك كله بالنسبة للمتعاقدين . ولكن بالنسبة للغير
يعتبر العقد موجوداً ولا محالة لانه الاداة الوحيدة الدالة للغير على تملك المملك له .

فاذا قيل فيما بعد بزوال العقد الذى يمتلك به المملك للغير ، لترتب على ذلك تدهور المعاملات ، اذ لا يطمئن الناس الى استقرار حقوقهم بالتعاقد وعلى ذلك نرى أنه كلما كان للغير وسيلة فى التعرف على شوائب العقد من طريق الاطلاع على السجلات العامة ، كدفتر التسجيل أو دفتر قيد قرارات المجالس الحسبية أو دفتر المواليد ، وجب الأخذ بالاثار الرجعى . وكما استحال ذلك وجب الأخذ بالاثار للارجعى

وبناء على هذه القاعدة نرى أنه اذا تسجلت ورقة الضد المثبتة للصورية أصبحت حجة على الغير . نعم ولو أنه قد اختلف الفقه بفرنسا بشأن نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير ، ورأى القضاء الفرنسى والمصرى وجوب نفاذها عليه ، وكنا قد خالفنا القضاء الفرنسى والمصرى ، وأيدنا فريق الفقهاء الفرنسيين الذين قالوا بعدم نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير (انظر هنا ص ١٢٣) ، الا أن الذى نقول به الآن طبقاً لما قررناه هنا من القواعد العامة وطبقاً لما قرره قانون التسجيل الجديد من التوسع فى تقرير التسجيل لاوراق أخرى خلاف الاوراق المتعلقة بتقرير الحقوق العينية العقارية ، ونقلها وانقضائها وتعديلها : الذى نقول به الآن هو الأخذ بنفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير واعتبارها حجة عليه . لانا قد أعرنا للتسجيل الحاضر ، كما أعارله الشارع المصرى من قبلنا بقانون التسجيل الجديد ، أهمية ظاهرة واسعة المدى واعتبرناه السبيل الوحيد ، ومن طريق القياس البديهى جميع السجلات العامة ، فى تعرف الغير على ما شاب عقود المملكين لهم . هذا ولم تحترق أقلام الناقدين لرأى القضاء الفرنسى القائل بسريان ورقة الضد المسجلة على الغير ، الا لسبب واحد يرجع الى أن التسجيل انما هو وقف على الاوراق الخاصة بنقل أو اقتضاء أو تعديل حق عيى وعقارى . وأن تسجيل عقد اليجار التى تزيد مدته عن تسع سنوات وتسجيل المخالصة عن اليجار المدفوع مقدماً والذى تزيد مدته عن ثلاث سنوات ، انما ورد على سبيل الاستثناء . وانا نرى أن وجهة النظر فى مصر قد تغيرت الآن وجعلت لنا مساعاً فى العدول عن رأينا الذى أخذنا به قبل الآن فى

عدم نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير . ذلك ولو أن التسجيل الجديد إنما هو خاص بمقتضى المادة الاولى والثانية من قانون التسجيل بالاوراق المتعلقة بالملكية والحقوق العينية العقارية من حيث انشائها واقتضاؤها وتعديلها أو تأييدها ، الا أن الشارع المصرى وسع من مجال التسجيل فى هذا القانون وفى غيره . اذ أباح تسجيل عريضة الدعوى اذا طلب الغاء عقد . والعريضة كما نعلم ليست ناقلة أو معدلة أو موقوفة لحق عيني عقارى . وأجاز الشارع المصرى من طريق آخر تسجيل عقد الايجار الخاص بالعقار المرهون رهناً حيازياً ، حتى يكون الايجار حجة على الغير عند بقاء العقار تحت يد المدين المستأجر للعقار (قانون ١١ ديسمبر ١٩٢٣ رقم ٤٩ اهلئ و ٥٠ مختلط) . وقد لوحظ فى قانون التسجيل الجديد وفى قانون ١١ ديسمبر المذكور اخبار الغير بواسطة التسجيل . أى أن التسجيل أصبح فى ذاته وسيلة معينة فى اخبار الغير بكل ما يحيط بالعقار من الشوائب العقارية المختلفة . والشارع يجرى الآن على اعتبار التسجيل أداة ضرورية يستعين بها الغير فى سبيل الوقوف والاطمئنان على حقوقهم

وان قيل بأن ورقة الضد لا تعتبر فى ذاتها ناقلة للملكية التى لم يسبق نقلها ، حتى يصح القول بأن تسجيلها حجة على الغير ، فانه يجب أن يلاحظ فى ذلك بأن عدم نقل الملكية إنما هو خاص بالمعاقدين فقط . ولكن الملكية قد انتقلت بالنسبة للغير بمقتضى العقد الصورى حقيقة والصحيح قانوناً . وبما أن الملكية قد انتقلت بالنسبة للغير بهذا العقد « الصورى » فانه يجب أن ترد بالنسبة للغير للمالك الاصلئ بواسطة اشهار ورقة الضد واعلانها للغير . ولا سبيل فى ذلك الا بواسطة التسجيل . أعنى أن عدم نقل الملكية كان خاصاً بالمعاقدين فقط . وأما بالنسبة للغير فالملكية قد انتقلت . وان كان يترتب على ذلك أن تسجيل ورقة الضد لا يفيد المتعاقدين شيئاً ما ، لان الملكية لم تنتقل بالنسبة لها كما قلنا ، الا أن تسجيلها ضرورى بالنسبة للغير ، وهو الغير الذى تعتبر الملكية قد انتقلت بالنسبة له

٢ — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

١٢٦ — اتفينا من بيان الآثار القانونية التي تترتب على العقد الباطل في عهد القانون المدني ، سواء كان ذلك بشأن العاقدین بالذات أو بشأن الغير . والآن نرى التكلم على هذه الآثار في عهد قانون التسجيل الجديد بالنسبة للعاقدین والنسبة للغير أيضاً

١ — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

بالنسبة للمتعاقدین

١٢٧ — يسرى هنا ما قررناه بشأن آثار العقد الباطل في عهد القانون المدني ، سواء كان البطلان بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً . ولكن هل تختلف الحال فيما اذا كان العقد الباطل غير مسجل ؟ الذى نقول به أخذاً بما قررناه بشأن نظرية الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم التسجيل ، وما قلنا به من ان المشتري يصبح صاحب حق الملكية الحيازية التي تحكى الملكية الحيازية الرومانية ، أن الطاعن بالبطلان لا يستند الى عدم تسجيل العقد وما يترتب على عدم التسجيل من بقاء الملكية الكاملة لديه ، انما يجب عليه أن يستند الى أسباب البطلان سواء كانت الاسباب راجعة للبطلان المطلق أو البطلان النسبى . فان كان البطلان مطلقاً وجب الحكم به سواء كان الطاعن قد رجع الى أسباب البطلان المطلق أو الى غيرها ما دام البطلان المطلق مما يتعلق بالنظام العام ، ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه . أما اذا كان البطلان نسبياً فلا يجوز الحكم به بسبب عدم تسجيل العقد ، بل يجب الحكم بالرجوع الى أسباب البطلان . لأن العقد غير المسجل ليس معدوم الأثر القانونى بل تترتب عليه هذه الملكية الحيازية التي قلنا بها . ولذا اذا زال سبب البطلان النسبى وتنازل الطاعن عن طعنه به صح العقد وزالت شائبته ، ولا يجوز للبائع العودة الى الطعن على العقد بسبب عدم التسجيل ، وما دام للعقد غير المسجل أثر قانونى بين المتعاقدين .

وعدم التسجيل لا يعتبر سبباً من أسباب بطلان العقود بين المتعاقدين ولو أنه يترتب على عدم التسجيل عدم نقل الملكية الكاملة للمشتري . كل ذلك يرجع الى ما قرره بشأن الالتزامات الشخصية المنوّه عنها بالمادة الأولى من قانون التسجيل .

ب — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

بالنسبة للغير

١٢٨ — الغير وقد اكتسب حقاً عينياً على العقار اما أن يكون قد اكتسبه قبل أن يقوم بين المتعاقدين الاصيلين نزاع قضائي أمام الحاكم ، واما أن يكون قد اكتسبه بعد رفع دعوى النزاع أمام القضاء

١٤ — في حالة اكتساب الغير للحق

قبل النزاع القضائي

١٢٩ — اذا اكتسب الغير الحق العيني المنصب على العقار قبل قيام نزاع قضائي بين المتعاقدين الاصيلين وسجل عقده نفذ هذا العقد على المالك الاصيل . فاذا فرضنا وكان الغير مشترياً من المشتري الاول الذي اشترى من المالك الاصيل وسجل المشتري الثاني عقده قبل أن يرفع البائع الاصيل دعواه التي يطلب فيها بطلان العقد وجب احترام عقد المشتري الثاني

والبطلان هنا اما أن يرجع للبطلان المطلق واما للبطلان النسبي . ويجب أن نأخذ هنا أيضاً بما قرره في البطلان في عهد القانون المدني

فان كان البطلان مطلقاً راجعاً للنظام العام كالرسمية في العقود نفذ البطلان على الغير . لانه يجب على الغير أن يعرف قانوناً أن الرسمية شرط لازم لانقضاء العقود الرسمية . فاذا اشترى الغير من موهوب له وكان عقد الهبة غير رسمي ولم تمض عليه مدة ١٥ سنة ورفع الواهب دعوى البطلان نفذ البطلان على هذا المشتري حقاً . وأما

إذا كان البطلان المطلق راجعاً الى سبب غير مشروع لم يكن معروفاً من طريق قانونى لدى الغير ، فانا قلنا بعدم نفاذ البطلان المطلق على الغير . والاسباب هنا فى عهد قانون التسجيل ، وهناك فى عهد القانون المدنى ، واحدة

وان كان البطلان نسبياً ، سواء كان يرجع لاحد العاقدين كعيوب الرضاء ، أو يرجع لغير العاقدين ، كالتهريب فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، أو الصورية فى دعوى الصورية ، فانا قد قلنا برغم ما كاد يجمع عليه الفقه والقضاء هنا وهناك المتأثران بالمنطق البحث ، بأن الغاء العقد لا يكون حجة على الغير حسن النية اذا تسجل عقد البيع . وهذا هو الذى نأخذ به هنا أيضاً لوحدة الاسباب العلمية والعملية التى رجعنا اليها فى تبرير رأى الذى نقول به

والعقد المطعون فيه بالبطلان النسبى على اختلاف أنواعه اما أن يكون مسجلاً واما لا . فان كان مسجلاً فلا شبهة فى الاخذ بما قررناه فى عهد القانون المدنى . وأما اذا كان غير مسجل فانه يجب الاخذ هنا أيضاً بما سبق أن قررناه . فلذا اشترى مشتر من المالك الاصلى بعقد شابه عيب من عيوب الرضاء ، أو شابه احدى شائبتى التهريب والصورية ، ولم يسجل المشتري عقده ، ثم باع هذا المشتري لمشتري آخر وسجل هذا الآخر عقده ، وجب نفاذ عقد المشتري من المشتري ، وذلك أخذاً بما قررناه بشأن نظرية الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم تسجيل عقد الشراء الاول . لانه وان كان لم يترتب على عدم تسجيل عقد البيع الاول نقل الملكية الكاملة للمشتري الاول ، الا أنه قد ترتبت على العقد نقل الملكية الناقصة أو الملكية الخيازية للمشتري الاول . وهذه الملكية هى التى انتقلت الى المشتري من المشتري وثبتت لديه بتسجيل عقده . وعلى ذلك اذا منع حينئذ البائع الاصلى من حق الطعن على العقد الصادر منه بسبب عدم تسجيله ، وبقى لديه الطعن بسبب عيب من عيوب الرضاء ، فلا ينفذ هذا الطعن أيضاً على المشتري من المشتري ، أخذاً بما قررناه فى عهد القانون المدنى ، فى أن الغير لا يتأثر ببطلان عقد المشتري الاول ، على

تقيض ما كاد يجمع عليه كما قلنا القضاء والفقهاء هنا وهناك . وكذلك الحال أيضاً فيما إذا كان الطعن على العقد منسباً عليه بسبب التهريب في دعوى ابطال تصرفات المدين ، أو بسبب الصورية في دعوى الصورية . فان الغاء العقد هذا لا يؤثر على حق المشتري من المشتري . وقد بينا الاسباب القانونية في ذلك وبيننا وجه الغرابة في أخذ رجال القانون هنا وهناك قضاءاً وفقاً بالاثار اللارجى في دعوى ابطال تصرفات المدين ، وبالاثار الرجى في دعوى الصورية . وبيننا عند ذاك تفوق المنطق البحت عندهم على الاعتبارات العملية

وفي كل ما تقدم يجب الرجوع الى أصليين هامين : الاصل الاول ما يتعلق بالالتزامات الشخصية المقررة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . والاصل الثانى ما يتعلق بالاثار اللارجى في حالة الغاء العقد . فاذا ما روعي هذان الاصلان وما قررناه لهما من الاحكام القانونية سهل الامر في تقرير حل قانونى لكل اشكال يعرض في الاثر الرجى أو اللارجى للالغاء

إذا علم ذلك وجب حينئذ أن نتبين مما تقدم بوجه عام أن حق الغير المقرر على العقار بعقد مسجل ، حق نافذ على المالك الاصلى فيما إذا طعن هذا الاخير على العقد الصادر منه للملك للغير ، وكان الطعن حاصلاً أمام القضاء وبعد تسجيل عقد الغير والآن ننظر في حالة الطعن على العقد الصادر من المالك الاصلى طعناً قضائياً أمام المحاكم قبل تسجيل عقد الغير

§ ٢ — في حالة اكتساب الغير للحق أثناء النزاع القضائى

١٣٠ — رأينا حالة الغير الذى اكتسب حقاً عينياً عقارياً بعقد مسجل قبل

قيام النزاع القضائى بين المملك له والمالك الاصلى بشأن بطلان العقد

والآن نتكلم على حالة الغير الذى اكتسب حقاً عينياً عقارياً أثناء قيام النزاع

القضائى بين المملك له والمالك الاصلى بشأن بطلان العقد ، أو اكتسب حقه العقارى

بمقد لم يسجله الا بعد النزاع القضائي
ونرى تمهيداً لهذا البيان أن نمهد له بعرض الروح القانونية التي أخذ القضاء
يعمل بها في تقرير احكامه بشأن الغير والتسجيل ، والتي أخذ بها الشارع أيضاً عند
وضعه لقانون التسجيل الجديد

المبحث الاول - في الروح القانونية للتسجيل

(١) في الروح القانونية للتسجيل لدى القضاء

١٣٠ مكرر (١) - لقد رأينا في عهد القانون المدني أن القضاء بعد أن
اختلف في تقدير الاثر المترتب على الحكم الذي يصدر في النزاع بين المتنازعين
بالنسبة للغير ، قرر أخيراً بحكم دائرة الدوائر المختلطة في ١٥ يناير سنة ١٩١٤ بان هذا
الحكم لا يحتاج به ضد الغير اذا سجل هذا الغير عقده قبل تسجيل الحكم . وفي هذا
الوقت نفسه قرر القضاء كما رأينا بأنه لا يحتاج بتسجيل عريضة الدعوى ضد الغير ،
لان عرائض الدعاوى لا تدخل ضمن الأوراق الخاضعة للتسجيل طبقاً للمادة ٦١١/
٧٣٧ مدني

ومن هذا الرأي القضائي ، المؤيد بالفقه ، فيما يتعلق بالحكم الصادر في النزاع
وتأثيره على الغير ، وفيما يتعلق بتسجيل عريضة الدعوى ، نرى أن القضاء يرمى الى
تقرير قاعدة يؤيدها بأحكام التسجيل العامة ، ولكنه في الوقت نفسه يقيد بها بنفس
أحكام التسجيل وقوده .

ذلك أنه في تقريره لنفي الأثر عن الحكم الصادر في النزاع فيما اذا سجل الغير
عقده قبل تسجيل الحكم ، انما أخذ بالاصل الذي رجع اليه الشارع في تقرير التسجيل
واعتباره له أداة للاشهار والعلانية فيما يتعلق بالعقود الناقلة للملكية العقارية أو الناقلة
أو المعدلة لاي حق عيني عقارى آخر . ذلك لان التسجيل انما شرع لاجل أن
يكون واسطة لفهم الغير بما تحمل به العقار من حقوق عينية ، سواء كان ذلك الغير

قد اكتسب حقه العيني العقارى قبل قيام أى نزاع قضائى بين الملك له والمنازع لهذا الملك ، أو أثناء قيام هذا النزاع ، ما دام قد قام هذا الغير بما يقضى به القانون نفسه بتسجيل عقده قبل تسجيل الحكم (المادة ٦١٤/٦١٥ مدنى والمادة ٢٧٠/٣٤١ مدنى) ويستفاد من هذا رأى أن القضاء لم يشأ أن يترك للمنطق البحث سلطانا عليه بعد أن كان لهذا المنطق ذلك الاثر الضاوى فى تقرير الرأى الاول الذى كان يقول بأن للحكم الصادر فى الدعوى أثراً رجعيًا ، وأنه يحتاج به على الغير سواء سجل الغير عقده أم لم يسجله ما دام الحكم قد قرر أن الملك للغير غير مالك . فجاء القضاء فى رأيه الثانى وقرر الاخذ بأحكام التسجيل ، وأنه يجب الاخذ فى حماية الغير بما يترتب على اشتهار الاوراق الناقلة للملكية والحقوق العينية العقارية أو المؤيدة لها ، اشتهاراً من طريق تسجيلها بسجلات خاصة ، وأنه لا عبرة بالمنطق البحث . لان القانون فى تقريره لاحكام التسجيل لم يراع المنطق البحث ، انما راعى الاعتبارات العملية ، وما يترتب عليها من ضرورة حماية الافراد من مفاجآت المنطق ، فيما يجمله الغير وفيما لا يعلمه الا من طريق التسجيل

وقد تأيدت وجهة النظر هذه لدى القضاء عند ما عالج نظرية تصرف الوارث فى عقار موروث قد سبق لمورثه التصرف فيه حال حياته ، وسجل المشتري من الوارث قبل تسجيل المشتري من المورث (قول المشتري تسهيلاً فى التعبير . والقاعدة العامة . المكتسب لحق عيني عقارى فيشمل المشتري والمرتهن رهنًا حيازياً عقارياً وصاحب حق الارتفاق وهكذا) اذ يرى القضاء رأياً يخالف رأياً آخر له ، فى أنه يجب الاخذ فى هذه الحالة بأحكام التسجيل ، وأن القاعدة القائلة بأنه لا ميراث الا بعد الوفاء بديون المورث ، قد تأثرت بأحكام التسجيل^(١) وقد أيدنا هذا الرأى القائل بأحكام التسجيل بعد أن راعينا الاعتبارات العمالية وما يمكن أن يفعله المشتري من الوارث من التأكد من هذه الظروف الثلاثة : صحة الارث فى ذاته ومن تملك المورث للعقار

ومن خلو هذا العقار من حقوق عينية تفررت عليه لعدم تسجيلها قبل تسجيل المشتري من المورث . بحيث اذا تأكد المشتري من الوارث من صحة هذه الظروف الثلاثة صح عقده ونفذ على كل من يدعى اكتساب حق عيني على هذا العقار ولم يسجل عقده هذا ومن طريق آخر قد تأيدت وجهة النظر المتقدمة في تقرير حماية الغير من طريق الاشهار بالتسجيل ، عند ما عالج القضاء الفرنسى نظرية تسجيل ورقة الضد بحكم النقض المعروف الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ : ولما صدر هذا الحكم وقد قضى باعتبار ورقة الضد المسجلة حجة على الغير ، انبرى لتأييده دى لوان^(١) وقال بعكسه تيسيه وبارد^(٢) وقال القضاء المصرى بالرأى الاول^(٣) ورجحنا نحن بكتابتنا في اثبات الالتزامات^(٤) الرأى الثانى . وكنا متأثرين اذ ذلك بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ التى عينت الأوراق الخاضعة للتسجيل ، وأن التسجيل أمر عرضى جاء استثناءاً للقواعد القانونية الاصلية ، وأن ورقة الضد لا تنقل الملكية الى البائع الصورى ولا ترددها اليه ما دام البيع سوريا وما دام أن الملكية لا زالت بيد البائع الاصلى . وانا نعدل الآن عن هذا الرأى ونرى تأييد النقض الفرنسى والقضاء المصرى ، فى أن تسجيل ورقة الضد حجة على الغير . ذلك لان التسجيل وقد أصبح الاداة الوحيدة فى اشهار الحقوق العينية ، فلا سبيل للبائع الصورى فى أخبار الغير بصورية البيع الا طريق التسجيل . وقد تأثرنا فى هذا الرأى الحاضر بما قرره قانون التسجيل الجديد من الاحكام العامة التى أراد بها أن يجعل التسجيل الاداة الوحيدة ، ليس فقط فى أخبار الغير بما تنحل به العقارات من الحقوق العينية ، بل بأخباره أيضاً بما يهدد العقارات من مخاوف أنواع النزاع المختلفة ، فيما اذا رفعت دعاوى تتعلق بابطال عقده أو فسخا . اذ أباح قانون التسجيل الجديد بالمادة ٧ كما سنبينه حالا تسجيل عرائض الدعاوى واعتبار هذا التسجيل حجة على الغير الذى يكتسب حقاً عينياً على العقار أثناء النزاع القضائى

(١) اثبات الالتزامات لناج ١ ص ٢٢٣ وما بعدها (٢) اثبات الالتزامات لناج ١ ص ٣٤٠ وما بعدها
(٣) اثبات لناج ١ ص ٢٢٢ (٤) ج ١ ص ٣٥٢

أو قبله وسجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى^(١)
ولقد رأينا كما ذكرنا هنا أن القضاء في عهد القانون المدني لم يشأ أن يجعل
لتسجيل عريضة الدعوى أثراً على الغير ، وذلك لان عريضة الدعوى لا تعتبر من
الاوراق الناقلة للملكية أو للحق العيني العقارى ، وهى الاوراق الواردة على سبيل
الحصر بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى

(٢) فى الزوح القانونية للتسجيل

لدى الشارع الجديد

١٣٠ مكرر (٢) — ولكن لما جاء واضح قانون التسجيل الجديد وأراد به أن يكون
نواة لنظام السجلات العقارية الذى يريد ادخاله بمصر فى بعد ، رأى هذا الشارع ،
وقد جعل التسجيل وحده أداة إشهار وعلائية فيما يتعلق بالعقارات من عقود وغير عقود ،
وهذا هام ، رأى هذا الشارع أن يقرر قاعدتين خالف بهما قواعد القانون المدنى
المقررة بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى المذكورة

١٣٠ مكرر (٣) — رأى أولاً أن لا يعين الحقوق العينية العقارية الخاضعة
للتسجيل كما عينها القانون المدنى بالمادة ٦١١ . بل أطلق القول فيها بحيث يشمل جميع
الاوراق الخاصة بالحقوق العينية العقارية . وفعل ذلك وهو متأثر بالروح العامة التى تسوقه
الى وضع قانون التسجيل باعتبار التسجيل أداة عامة لاشهار كل ما يتعلق بالعقارات من
عقود وغير عقود ، ومتأثر أيضاً بالمادتين ١٤ و ١٥ من مشروع قانون السجلات
العقارية الذى أقرته اللجنة الدولية للتشريع المختلط سنة ١٩٠٤ ، وهما المادتان اللتان
عينتا بذكر جميع الحقوق العينية العقارية التى يجب أن تخضع للاشهار والعلائية . وفى
هذا الشأن ورد بالمذكرة الايضاحية لقانون التسجيل الجديد ما يأتى : « ومن البديهي

(١) وقد تأثرنا أيضاً بقانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ و ٥٠ الخاص بتسجيل عقد
الايجار الصادر من الدائن المرتن وهنا حيازاً عقارياً الى نفس المدين الزامن ، حتى يكون العقد
حجة على الغير ، وبرغم ان عقد الايجار لمدة تقل عن تسع سنوات

أنه لا يمكن التفكير في تسجيل الاملاك العقارية وهو أساس كل نظام للسجلات العقارية طالما أن تحديد حالتها القانونية ، أى تحديد حقوق الملاك على اختلاف أنواعهم ، تعترضه عقبات كالتى أظهرتها التجارب . وقد رأت اللجنة الخاصة ضرورة البدء فى تقليل هذه العقبات بقدر الامكان ان لم يكن بإزالتها تماماً ، وهى تنحصر فى : (١) عدم بيان العقود التى يجب تسجيلها بياناً وافياً . (٢) الخ . «^(١)» وورد بالمذكرة الايضاحية أيضاً ما يأتى : « أما فيما يتعلق ببيان العقود الواجبة التسجيل فان المواد ٧٣٧ و ٧٣٨ و ٧٣٩ من القانون المدنى المختلط (وهى المقابلة للمواد ٦١١ و ٦١٢ و ٦١٣ مدنى أهلى) ليست عبارتها عامة بالقدر الكافى ، كما أنها غير دقيقة . ولذلك كانت موضوع مناقشات هامة لمعرفة ما اذا كان بعض العقود المعينة يجب تسجيلها أولاً . فالمدتان الاولى والثانية من المشروع تنصان على مبدأ اشهار الحقوق العقارية بصيغة عامة تشمل من جهة الخ . . . والنص المقترح مبنى على أحكام المادتين ١٤ و ١٥ من مشروع اللجنة الدولية المشكلة فى سنة ١٩٠٤ وهو مشروع روعيت فيه كثيراً مباحث اللجنة التى شكلت فى فرنسا فى سنة ١٨٩١ من غير أعضاء البرلمان لادخال نظام السجلات العقارية »^(٢)

١٣١ — وثانياً رأى الشارع فى قانون التسجيل الجديد أن لا تكون قاعدة الاشهار والعلائية منصرفه فقط الى جميع العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية بلا حصر ولا تعيين ، بل أطلق التعميم فى الاشهار والعلائية وجعله يتمشى على عرائض الدعاوى . وقررت فى ذلك المادة ٧ من قانون التسجيل ما يأتى : « يجب التأشير^(٣) على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل^(٤) بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان^(٥) أو الفسخ^(٦) أو الالغاء^(٧) أو الرجوع فيها^(٨) . فإذا كان المحرر الاصلى لم يسجل

(١) انظر مجلة الهاماة المجلد ٣ سنة ٩٢٣ ص ٤٥٨ للمامود الاول . — وانظر جازيت الحاكم المختلطة المجلد ١٣ سنة ٩٢٣ ص ٨٢ للمامود الثانى فى آخره

(٢) الهاماة ص ٤٥٨ . — جازيت ص ٨٢ للمامود الثالث (٣) annotés
(٤) actes soumis à la transcription (٥) demandes en annulation
(٦) résolution (٧) révocation (٨) rescision

تسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق^(١) أى حق من الحقوق العينية العقارية^(٢) يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر »

١٣٢ — وهذه القاعدة الجديدة من جانب الشارع المصرى فى جعل التسجيل يتمشى على عرائض الدعاوى وعلى عقود الايجار الصادرة من الدائن المرتهن رهناً عقارياً حيازياً للمدين الراهن (قانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ أهلى و ٥٠ مختلط) وعلى عقود الايجار والمخالفات المنوه عنها بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، وهى ليست بالعقود الخاصة بالحقوق العينية العقارية ، مما يدل على أن الروح التشريعية للتسجيل فى الوقت الحاضر إنما تنصرف الى جعل التسجيل أداة اشهار و اعلان ، ليس فقط للحقوق العينية المتوقعة على العقار ، بل لاجبار طوائف الغير على اختلاف أنواعهم بما يحف العقار من مخاوف النزاع القضائى ، حتى يعلموا بمبلغ ما يحيط العقار من المخاطر ، فلا يقدمون على تقرير حقوق عينية عليه الا وهم يعلمون بما يشوبه من حقوق منصبه عليه ، سواء كانت ترجع هذه الحقوق الى حقوق متوقعة بالفعل على العقار ، أو كانت ترجع هذه الحقوق الى المطالبة بالعقار نفسه من طريق الابطال أو الفسخ أو تلبيت الملكية بوجه عام

إذا تبين ذلك علمنا أن التسجيل فى الوقت الحاضر هو أداة اشهار وعلانية للغير ليعرف هذا الغير ما يخافه على عقده من شوائب شابت العقار الذى يريد أن يتقرر له عليه حق عيى

١٣٣ — وإذا كان قد لوحظت مصلحة الغير فى تقرير التسجيل بوجه عام فى العقود ، وفى غير العقود كعرائض الدعاوى ، فإن مصلحة المتنازعين قد حماها الشارع أيضاً بتقرير تسجيل عرائض الدعاوى . ذلك لان المطالب بالعقار نفسه من طريق رفع دعوى الابطال والفسخ وما الى غير ذلك مما هو مذكور بالمادة السابعة المتقدمة ، أصبح هو الآخر محمياً من وقت تسجيل عريضة الدعوى . فإذا صدر الحكم لمصلحته أصبح

(١) demandes en revendication

(٢) de tous droits réels immobiliers

الحكم ذا أثر رجعي يرجع الى تاريخ تسجيل عريضة الدعوى ، ويصبح الحكم نافذ المفعول من ذلك الوقت على الغير ، أى على من يكتسب حقاً عينياً على العقار المتنازع فيه قبل النزاع القضائى أو أثنائه ، ولم يسجل عقده الا بعد تسجيل عريضة الدعوى (المادة ١٢ من قانون التسجيل الجديد)

ومما يرى أن الشارع قد جعل التسجيل طريقاً يلجأ اليه كل من ينشد مصلحة معينة على عقار . فهو أداة حماية للغير بوجه عام ، سواء كان الغير هو من يملك حقاً على العقار المتنازع فيه ، أو كان الشخص المطلوب حمايته هو نفس أحد المتنازعين

وعلى ذلك نرى من هذه الروح التشريعية العامة ، أن كل ورقة متعلقة بحق عيني عقارى سواء كانت عقداً أو غير عقد ، يجب أن تكون حجة على الغير اذا سجلت . وأما اذا لم تسجل فلا تكون نافذة على الغير

وهنا نحن الآن نبين مبلغ ما وصل اليه الشارع المصرى من تقرير آثار التسجيل الجديد فيما يتعلق بعرائض الدعاوى ، وما قرره من وسائل الحيلة ، حتى لا ينزل بالاشخاص ضرر من تعسف المتعسفين الذين يسارعون الى تسجيل العرائض فى الدعاوى الكيدية ، وما اذا كان الشارع قد وفق الى تقرير قاعدة تسجيل عرائض الدعاوى تقريراً بعيداً عن النقص والتقذّر أم لا

المبحث الثانى — فى عرائض الدعاوى الخاصة للتسجيل

١٣٤ — وردت قاعدة تسجيل عرائض الدعوى بالمادة ٧ من قانون التسجيل . وقد أثبتنا المادة برمتها وذكرنا العبارات الفرنسية المقابلة للعبارات العربية . وانا نلاحظ على هذه المادة عيوباً شكلية وعيوباً جوهرية . ومن شأن هذه العيوب أن تجعل المادة غامضة غير واضحة وتجعل سبيل الوصول الى أصل حقيقتها متعذراً . ولذا سنعمل فى ايضاحها على الرجوع الى القواعد العامة والى المذكرة الايضاحية .

يقرر الشارع بأن العرائض الخاصة للتسجيل هي عرائض دعاوى البطلان^(١) والفسخ^(٢) والالغاء^(٣) والرجوع في العقود^(٤). ويوم هذا التعبير من جانب الشارع أنه أراد الاخذ بنظرية المحصر في الاوراق الخاصة للتسجيل. ونرى نحن أن المحصر لا محل له. بل يجب الاخذ على قبيض ذلك بتسجيل كل عريضة دعوى يستحيل فيها الحكم الى تقرير حق منصب على عقار معين، أو تقرير حق يرجع لحق الضمان العام^(٥) المقرر للدائنين بوجه عام على أموال مدينهم (المادة ٥٥٥/٦٧٩ مدني و٢٠٩٣ فرنسي) وذلك :

أولاً : أن الشارع المصري استعمل كلمات خاصة^(٦) وهو يوم بذلك أن يصرف كل كلمة الى نوع معين من الدعاوى ولقد سبق أن رأينا أن هذه الدعاوى المختلفة وإن اختلفت مسمياتها فهي ترمى الى نتيجة واحدة وهي تقرير حق عيني. على العتار المتنازع فيه، للمدعي، ونزع هذا الحق من المدعى عليه. فالدعوى الاولى وهي دعوى البطلان^(٧) تنصرف الى طلب بطلان عقد لعيوب شابهة. والبطلان هنا اما مطلق واما نسبي. ولقد بينا ما يمكن أن يؤخذ على هذه الدعوى من أوجه النقد^(٨) ويراد بها اعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل، وهي تحكي بذلك الدعوى الرومانية المعروفة المسماة بدعوى اعادة الحالة والرد كاملاً^(٩)

والدعوى الثانية الواردة بالمادة ٧ المذكورة هي دعوى الفسخ^(١٠) وهي الدعوى التي يطلب فيها فسخ العقد فيما اذا كان الرضاء رضاء شرطياً
والدعوى الثالثة دعوى الالغاء^(١١) ولعل المراد بها دعوى الفسخ^(١٢) ويفرق

| | |
|--|----------------------------------|
| résolution (٢) | demandes en annulation (١) |
| rescision (٤) | révocation (٣) |
| révocation و résolution و annulation (٦) | gage général (٥) |
| action en nullité (٨) وتسمى أيضا | annulation (٧) rescision و |
| résolution (١٠) | restitutio in integrum (٩) |
| | ذكرنا مكانه |
| | résiliation (١٢) révocation (١١) |

الشارحون الفرنسيون بين دعوى الفسخ الاولى^(١) ودعوى الفسخ الثانية^(٢) أن
للأولى أثراً رجعيًا . وأما الثانية فلا)

والدعوى الرابعة دعوى الرجوع في العقد^(٣) وهي الدعوى التي سبق أن شرحنا
ماضيها في البلاد الفرنسية التي لم تكن خاضعة للعادات والتي كانت مسوسة بأحكام
القانون الروماني . ويراد بها إلغاء العقد فيما إذا أصاب البائع غبن معين
ولقد لاحظنا أن الشارع الفرنسي يستعمل أحياناً اسم دعوى الرجوع^(٤) في
مقام دعوى البطلان^(٥)

ويرى الشارحون المصريون الاكتفاء بدعوى الإلغاء^(٦) إذ تنصرف هذه
التسمية الى إلغاء العقد ، سواء كان سبب الإلغاء راجعاً الى العيوب المفسدة للرضا ،
أو راجعاً الى عيب الغبن

وبما يرى أن الشارع أراد بالدعوى الاربعة المتقدمة ، رد العقار الى المدعى
خالصاً من يد المدعى عليه ، وخالصاً من كل ما تقرر عليه من حقوق عينية للغير وتسجل
بعد تسجيل عرائض الدعوى

وكان الاجدر بالشارع المصري الجديد أن لا يرجع الى هذه التسميات الاربعة
التي ترجع الى اعتبارات تاريخية فرنسية . وكان الأولى به أن يكتفى بأن يقول بدعوى
الإلغاء^(٧) لأن هذه الدعوى ترمى الى تحقيق الاغراض المرجوة من الدعوى
الاربعة ، وهي رد العقار الى المدعى حراً من كل شائبة عقارية تشوب العقار وتكون
قد توقعت عليه بعد تسجيل عريضة الدعوى . ونرى أن في بقاء التسميات الاربعة
هذه بالمادة السابعة المذكورة ذريعة للاضطراب في تفسير المادة وفي تقرير القاعدة التي
يرمى اليها الشارع في الاصل ، وهي حماية المدعى من تصرف خصمه أثناء نظر
الدعوى وبعد تسجيل عريضة الدعوى

rescision (٣)

résiliation (٢)

résolution (١)

annulation (٥)

en rescision (٤)

action en nullité (٧)

action en nullité (٦)

ثانياً — ان الشارع لقانون التسجيل الجديد وقد أراد حماية المدعى من مخاوف تصرف خصمه المدعى عليه في العقار أثناء قيام النزاع القضائي وبعد تسجيل عريضة الدعوى ، كان يجب عليه أن يقرر قاعدة الحماية بطريقة عامة بحيث لا تقف فقط عند حد حماية من يسترد العقار لنفسه خاصة فيما اذا كان بائعاً وأراد فسخ العقد أو ابطاله لاي سبب من اسباب الفسخ أو الابطال سواء كانت تلك الاسباب ترجع للميوب المفسدة للرضاء أو لغيب الغبن أو للشرط الفاسخ عند ما يكون الرضاء معلقاً على شرط ، وكان يجب كما قلنا أن تكون الحماية عامة تتناول أيضاً كل من يدعى حقاً عاماً منصباً على أموال المدين، فيما اذا جاء المدعى ورفع دعوى ابطال تصرفات المدين^(١) أو دعوى الصورية^(٢) أو كل من يدعى حقاً خاصاً ، كالبائع ، في الاحوال الخمسة الواردة بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، أو في الاحوال الاخرى الخاصة بالبائع أو بالمدين الرهن ، كما اذا جاء البائع أو المشتري ورفع دعوى تحقيق الامضاء (المادة ٢٥٢ / ٢٩٠ وما بعدها مرافعات) عند ما يرفض أحد المتبايعين (أو أحد المتعاقدين على حق عيني عقارى قابل للتسجيل) الحضور أمام الموظف الحكومي لاجل المصادقة على الامضاء طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل . أو رفع دعوى بصحة التعاقد بذاته بدلا من رفع دعوى تحقيق الامضاء . وفيما يتعلق بالمدين الرهن اذا رفع المدين دعوى شطب الرهن الرسمي (المواد ٥٧١ / ٦٩٥ و ٥٧٢ / ٦٩٦ دى) . ولا معنى مطلقاً لان يحصى المدعى فيما اذا كان بائعاً وطلب فسخ أو الغاء العقد ، ولا يحصى الدائن رافع دعوى ابطال تصرفات المدين أو دعوى الصورية ، ولا يحصى المدعى طالب الحكم بصحة توقيع خصمه على العقد حتى يستطيع تسجيله مع الحكم القاضي بصحة التوقيع امضاء أو ختماً ، ولا يحصى المدين في دعوى طلب شطب الرهن الرسمى . وكل من هؤلاء المدعين انما يطلب حقاً منصباً على العقار . الاول وهو البائع يطلب حقاً مبنياً . والثانى وهو الدائن يطلب حقاً مطلقاً يستخدمه فيما بعد ذريعة للتنفيذ على العقار فيما اذا قضى له.

(١) action révocatoire أو action paulienne

(٢) action en simulation

والثالث يطلب الحكم بصحة توقيع البائع حتى يقدم العقد مع الحكم لقلم التسجيل لتنتقل الملكية اليه ، أو يطلب البائع تحقيق صحة امضاء المشتري لتسجيل العقد مع الحكم حتى يحفظ الامتياز المقرر له ضماناً للثمن كلاً أو بعضاً . والرابع وهو المدين الراهن رهنًا رسميًا إنما يطلب تحرير عقاره من شائبة الرهن وليس من المصلحة له أن يظل قيد الرهن لاصقا بعقاره حتى ينتهى الفصل فى الدعوى نهائياً ، دون تسجيل عريضة الدعوى . ومما يؤكد صحة رأى الذى نقول به فى ضرورة تقرير قاعدة تسجيل عريضة الدعوى فى كل حالة يمرى فيها المدعى الى تقرير حق خاص أو حق عام ، ما ورد بالمذكرة الايضاحية فى هذا الشأن بما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدعاوى التى لم يرد فى القانون ذكر ما يترتب عليها بالنسبة للغير (مثل دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وهى دعاوى كثيرة العدد فى المحاكم) فتبقى خاضعة للمبادئ القانونية التى اقرتها احكام المحاكم مع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى من المادة ١٢ » ^(١)

١٣٥ — والذى يستفاد من هذه النبذة من المذكرة الايضاحية ما يأتى :

١ — أن الشارع أراد من تقرير قاعدة تسجيل عرائض الدعاوى أن تكون القاعدة عامة بحيث لا تقف عند الدعاوى الخمسة المعدودة بالمادة السابعة ، بل تتناول أيضاً دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وغيرهما من الدعاوى الاخرى ، بدليل استناد هذه المذكرة الايضاحية الى المادة ١٢ من قانون التسجيل وهى التى تقول : « يترتب على تسجيل ^(٢) الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها ^(٣) أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون ^(٤) يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق ^(٥) وأصحاب الديون العقارية ^(٦) ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » وكان الاجدر بالشارع أن يضع المادة ٧ وضماً عاماً محكماً

(١) الامانة المجلد ٣ ص ٤٦٣ للملوك الثانى فى أواخره . — جازيت المجلد ١٣ ص ٨٤
 الملوك الثانى فى أوله (٢) transcription (٣) annotation
 (٤) jugement régulièrement annoté (٥) tiers acquéreurs
 créanciers hypothécaires (٦)

بحيث يتناول تقرير القاعدة بوجه عام يتمشى على كل حالة يطالب فيها المدعى تقرير حق له .

وبناء على هذه القاعدة العامة التى تم عليها المذكرة الايضاحية فى تفسيرها للمادة ٧ المذكورة تفسيراً لا تدل عليه عبارة المادة ، والتى تم عليها أيضاً المادة الاولى من قانون التسجيل فى اطلاق قاعدة التسجيل على العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية بوجه عام ، نرى أن هذا الاطلاق لا يقف فقط عند الدعاوى الخمسة وعند دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية ، بل يتمشى أيضاً على الدعاوى الاخرى خلاف الدعاوى السبعة هذه . وعلى ذلك اذا طلب المدين شطب الرهن الرسمى بدعوى اقامها على الدائن جاز للمدعى تسجيل عريضة الدعوى حتى يحول بذلك دون تحويل الدائن الدين المضمون بالعقار المرهون رهناً رسمياً أثناء نظر الدعوى . فاذا سجلت العريضة وجاء الغير وتعامل مع الدائن وقبل تحويل الدين اليه المضمون بالضمان العقارى ، ثم رأى بعد ذلك أن هناك دعوى شطب الرهن مرفوعة على الدائن وان عريضتها مسجلة بقلم التسجيلات ، امتنع عن التعامل مع الدائن . وكذلك الحال أيضاً فى حالة الرهن العقارى الحيازى ^(١) فيما اذا دفع المدين الدين وطالب الدائن بتسليمه العقار فأبى الدائن ، فرفع المدين الدعوى بتسليم العقار اليه . اذ نرى فى هذه الحالة أيضاً بأنه يجوز للمدين تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطع بذلك خط الرجعة على الدائن فى تحويل الدين المضمون بالرهن الحيازى العقارى الى الغير .

وكذلك أيضاً المشتري مثلاً الذى اشترى من البائع بمقد ودفع الثمن واستلم العقار وطالب البائع بالحضور أمام الموظف الحكومى المعين للمصادقة على امضاءه طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل فأبى البائع الحضور ، وبذا استحال على المشتري تسجيل العقد وظلت الملكية على ذلك بيد البائع يستطيع نقلها قانوناً للغير حسن النية . لذا نرى هنا من طريق القياس على المادة ٧ المذكورة ومن طريق الاخذ بروح التسجيل ، أنه

يجوز للمشتري أن يسجل عريضة الدعوى التي يرفعها بطلب الحكم بصحة توقيع خصمه طبقاً للمواد ٢٥١ / ٢٩٠ وما بعدها من قانون المرافعات . والتسجيل هذا ضروري له لأنه يُحال به دون تصرف البائع في العقار للغير . فإذا جاء الغير وأراد التعاقد مع البائع على هذا العقار ووجد عريضة دعوى صحة التوقيع مسجلة امتنع عن التعامل معه ، وبذا يحرم المشتري الأول من عبث البائع وتعمده الاضرار به

إذا علم ذلك يمكن تعميم القاعدة بطريقة عامة مطردة وهو أنه يجوز تسجيل عريضة الدعوى التي يرفعها المدعى وطلب فيها حقاً منصباً مباشرة على العقار ، أَوْحَقاً يمكن التنفيذ به فيما بعد على العقار^(١)

٢ — أنه لولا ورود الإشارة الى دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية بالذكر الايضاحية والإشارة بها الى المادة ١٢ لاصبح من المتعذر تفسير المادة ٧ تفسيراً مطابقاً لروح التشريع في التسجيل الجديد . وكان الأجدر بالشارع أن يضع المادة ٧ المذكورة بحيث يكون لها من الصيغة العامة ما يجعل كل دعوى بمقار داخلية تحت حكمها .
٣ — ان لمباراة المذكورة الايضاحية هي الاخرى غموضاً يزيد المادة الاصلية

(١) لاحظنا ان عبارة المذكورة الايضاحية هي العبارة التي أوردنا فيها المربى هنا ، قد وردت بالترجمة العربية ووردت مشوباً بالقوض والنقص . بحيث اذا اكتفى القارئ بالنص العربي دون مراجعة النص الفرنسي له ، وهو النص الاصل طبعاً ، كان ذلك مدعاة للاخذ والرد في تفسير المادة ٧ المذكورة فوق ما هي عليه من القوض والنقص في وضعها الحاضر . وذلك ان عبارة المذكورة الايضاحية في قولها « اما فيما يتعلق بالدعوى التي لم يرد في القانون ذكر ما يترتب عليها بالنسبة للغير . . . » قد أوردت كلمة القانون ترجمة لكلمة Code الواردة بالنسخة الفرنسية . وهذه الترجمة العربية تشير بان الفرض من كلمة « القانون » هو قانون التسجيل الجديد . مع ان الفرض هو « القانون المدني » لا قانون التسجيل الجديد . وقد ترتب على هذا النقص في الترجمة العربية اننا قلنا بكتابتنا في الاموال من ٩٣٤ ن ٦٤٠ وما بعدها بان الشارع اهل دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية ولم يشأ اخضاع عرائض الدعوى فيهما الى التسجيل . ولكن قلنا مع ذلك بضرورة الاخذ بالتسجيل ، بالرجوع الى القاعدة العامة المستفادة من روح التسجيل الجديد . فاذا اضفنا نقص الترجمة العربية الى غموض المادة بان ما لهذه المادة من سوء الحظ وضما وترجمة ، ولولا ورود التنويه الى دعوى ابطال تصرفات المدين والإشارة الى المادة ١٢ بالذكر الايضاحية وورود كلمة Code بها ايضاً ، لكان قد بلغ غموض المادة ٧ غموضاً يستحيل معه التكهن بتفسيرها تفسيراً صحيحاً

غموضاً فوق غموضها . ذلك لانه يمكن أن يستفاد من ظاهرها بأن دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية يبقيان خاضعين في آثارهما القانونية الى ما قرره لها القضاء في عهد القانون المدني . وذلك في حالة ما اذا لم تسجل عريضة الدعوى فيها . وأما اذا تسجلت فيؤخذ بحكم التسجيل المقرر بالمادة ١٢ . أى اذا تسجلت عريضة الدعوى كانت حجة على الغير . واذا لم تسجل فلا تكون حجة على الغير ، اذ تخضع في هذه الحالة لاحكام القانون المدني الذى لا يعرف تسجيل عرائض الدعاوى ، ولأن المادة ٧ تم تشرالى هاتين الدعويتين ، وأن كلمة الالغاء^(١) الواردة بها لا تنصرف الى الغاء العقد وهو الالغاء الذى يطلبه أحد العاقدين وهو الذى كان مالكا أصلياً

١٣٦ — وان كان هذا التفسير هو الذى يؤديه ظاهر العبارة المتقدمة من المذكورة الايضاحية فهو تفسير لا يستقيم مع الاصول القانونية العامة المستفادة من نفس القانون . ذلك لأنه لا يمكن أن يقال علماً وقانوناً أن عريضة الدعوى اذا تسجلت أصبحت حجة على الغير ، واذا لم تسجل فانها تصبح حجة على الغير أيضاً . وذلك :
١ — إنه في دعوى ابطال تصرفات المدين يرمى المدعى وهو الدائن الى الغاء العقد الصادر من المدين وجعل العقار حراً من هذا التصرف حتى يتمكن الدائن من التنفيذ عليه وحده بمقتضى . ويخشى الدائن أثناء نظر الدعوى أن يتصرف المشتري الى مشترئ منه حسن النية ، فلا يستفيد هذا الدائن من الحكم بالغاء التصرف الاول مع بقاء التصرف الثانى الذى يترتب عليه خروج العقار من ملك المدين وعدم تمكين الدائن من التنفيذ عليه

أى أن للدائن مصلحة ظاهرة في تسجيل عريضة الدعوى حتى يكون تسجيلها قطعاً لخط الرجعة على المشتري من التصرف فى العقار لمشتري منه . لان المشتري من المشتري لا يقدم على الشراء ما دامت العريضة مسجلة

ولذا نرى هنا أنه لا بد من نفاذ الحكم على المشتري من المشتري إذا تسجلت العريضة ، وأما إذا لم تسجل فلا ينفذ الحكم على الغير

ب — ان المدعى فى دعوى الصورية مصلحة ظاهرة فى تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطع هو الآخر خط الرجعة على المشتري الصورى من أن يتصرف الى الغير حسن النية . والقاعدة هنا واحدة كما فى حالة دعوى ابطال تصرفات المدين ج — لعل واضع المذكرة الايضاحية يريد من القول فى ان دعوى ابطال

تصرفات المدين والصورية يبقيان خاضعين للبداى التى قررهما لها القضاء فى عهد القانون المدنى ، أنه يشير بذلك الى دعوى الصورية فى أن للحكم فيها أثراً رجعياً على الغير أخذاً بما كاد يجمع عليه الفقه والقضاء الفرنسيان وبما أخذ به الفقه والقضاء المصرى كما يناله فى مكانه ، وبما خالفنا الكل فى هذا الشأن . أى كأن واضع المذكرة الايضاحية يريد أن يقول بأنه اذا لم تسجل عريضة دعوى الصورية فيكون للحكم على ذلك أثر رجعى طبقاً للقاعدة المقررة من جانب الفقه والقضاء كما ذكرنا . فاذا رفع مدعى الصورية على المشتري الصورى ولم يسجل عريضة الدعوى واشترى مشتر من المشتري الصورى أثناء قيام النزاع ، وحكم بالصورية ، نفذ على الغير حسن النية وهو المشتري من المشتري الصورى . وقد ينال بمكانه فساد هذه القاعدة فى عهد القانون المدنى وأقننا الحجة على عدم صحتها وعلى تناقضها مع الاصول العامة المستفادة من حكمة التشريع فى التسجيل . وقلنا بأن عقد المشتري بحسن نية من المشتري الصورى عقد نافذ على المدعى ، الا اذا سجل ورقة الضد كما أخذنا بهذا الرأى أخيراً . أو سجل المدعى فى عهد قانون التسجيل الجديد عريضة دعوى الصورية حتى يمنع بذلك المشتري الصورى من التصرف فى العقار للغير

وعلى ذلك نرى أن تسجيل عريضة الدعوى فى عهد قانون التسجيل الجديد أمر لازم حتى يمنع المشتري الصورى من التصرف . وأما اذا قيل ، كما يستفاد ذلك ظاهراً من العبارة المذكورة من المذكرة الايضاحية ، بأن فى حالة عدم تسجيل عريضة

الدعوى يرجع الى أحكام القضاء فى عهد القانون المدنى ، واذا سجلت يؤخذ بأحكام التسجيل الجديد ، فانه قول لا يستقيم قانوناً . لانه وقد صدر قانون التسجيل الجديد وقرر قاعدة تسجيل عريضة الدعوى وجب الاخذ بها فى كل حالة ترفع فيها الدعوى بطلب تأييد حق معين على عقار معين ، أو تأييد حق مطلق كحق الضمان العام المقرر للدائنين على أموال مدينهم

ونرى بناء على ما تقدم ضرورة اصلاح المادة ٧ واصلاح المذكورة الايضاحية واصلاح الترجمة العربية أيضاً (١)

ثالثاً — أضافت المادة ٧ على الدعاوى الاربعة التى ذكرتها دعوى تثبيت الملكية (٢) وقالت بضرورة تسجيل عريضتها حتى تكون حجة على الغير . وقد سبق أن رأينا فى عهد القانون المدنى بأن الخلاف كان قائماً بشأن تقرير الاثر الرسمى للأحكام الصادرة فى دعاوى تثبيت الملكية . واستقر الرأى أخيراً من دائرة الدوائر المختلطة بحكمها الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٩١٤ (٣) بأن العقد الصادر للغير وقت النزاع والمسجل قبل تسجيل الحكم الصادر ضد البائع للغير ، نافذ على خصم البائع . وقد جاء الشارع هنا وأراد حماية المدعى قابح تسجيل عريضة دعواه حتى يحول بذلك بين خصمه وتصرفه فى العقار المتنازع فيه أثناء قيام النزاع

(١) وفى ظننا انه كان يجب وضع المادة ٧ بالكيفية الآتية : « يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يطلب فيها أصحابها الحكم بزوال اثر التسجيل . فاذا كان المحرر الاصل لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى » وهو وضع بصيغة عامة لتتناول جميع الحالات التى يطلب فيها أصحابها الحكم بزوال اثر التسجيل . ولاشك ان يدخل فى هذه الصيغة الحالات الخمسة النوء عنها بالمادة السابعة المذكورة والحالات الاربعة التى ذكرناها وهى دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية ودعوى تحقيق الامضاء أو صحة العقد . ودعوى شطب الرهن الرسمى . ويدخل فى هذه الصيغة كل حالة اخرى يرمى فيها الدائن الى العمل على نحو التسجيل وازالة اثره

المبحث الثالث — في آثار تسجيل عرائض الدعاوى

١٣٧ — يترتب على تسجيل عريضة الدعوى أنه اذا صدر حكم لمصلحة المدعى وسجله (المادة ١٠) أصبح الحكم نافذاً على الغير من وقت تسجيل عريضة الدعوى . أى أن للحكم أثراً رجعياً لا يتعدى تاريخ تسجيل عريضة الدعوى (المادة ١٢ الفقرة الاولى من قانون التسجيل) وأما من تقرر له من الغير حق على العقار وسجل عقده قبل تسجيل عريضة الدعوى فعنده نافذ على المدعى المحكوم له^(١) . لان الغير لا يستطيع الوقوف على وجود نزاع إلا من طريق تسجيل عريضة الدعوى

وتقول المادة ١٢ بالفقرة الاخيرة ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » وتنصرف هذه الفقرة كما قررت ذلك المذكرة الايضاحية (النبعة ١٠ السابقة من المذكرة الايضاحية) الى جماعة الدائنين المرتنين رهنا رهنياً بحسن نية ثم قضى بعدم صحة تمليك المدينين الراهنين للعقارات . وهذا خاص بالقانون المختلط ، وما كان له محل بالقانون الاهلى . ولذا كان يجب حذف هذه الجملة من المادة الاهلية وإبقاؤها بالقانون المختلط^(٢)

ولأجل أن يكون تسجيل عريضة الدعوى حجة على الأجانب يجب تسجيل عريضة الدعوى بقلم الرهون المختلط (المادة ١١ من قانون التسجيل)

المبحث الرابع — في التسجيل الكيدى لعرائض الدعاوى

١٣٨ — يحصل أن يعمل المدعى على الكيد من خصمه والنيل منه فيرفع الدعوى ويسارع الى تسجيل العريضة فيعطل بذلك على خصمه حق التصرف فى العقار فى

(١) المذكرة الايضاحية ص ٣٦٢ و ٤٦٣ النبعة ١٠ . — جازيت ص ٨٤ العامود الاول

(٢) راجع ما قلناه بشأن المواد المدنية المختلطة ٤٧ و ٤٨ و ٧٨ و ١٠٧ و ١٧٦ و ١٦٧ و ٢٤٢ و ٣٤٠ و ٣٨٥ و ٤١٣ و ٤١٧ و ٤٢٠ و ٦٧٥ و ٧٤٧ .

ظروف مناسبة . لذا تدخل الشارع في الامر وقرر القاعدة الآتية : « لكل طرف ذى شأن أن يطلب من قاضى الامور المستعجلة شطب التأشير أو التسجيل المشار اليه في المادة السابعة . فيأمر به القاضى اذا تبين له أن ذلك التأشير أو التسجيل لم يطلب الا لغرض كيدى محض ^(١) » (المادة ٩) ^(٢)

تكملة

عيننا في هذه الرسالة على الأخص بالمستلنين الآتين : أولاً « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . وثانياً « آثار الاحكام الملغية للعقود بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير في عهد القانون المدنى وفي عهد قانون التسجيل الجديد »

أما بالنسبة للسألة الثانية فقد نقدنا شطرها الأول نقداً وأقننا الحجة على خطر المنطق البحت اذا استخدم وحده أداة لحل الاشكالات القانونية ، دون الاستعانة بالاعتبارات العملية . وفي شطرها الثانى بينا نقص المادة السابعة من قانون التسجيل واضطراب المذكرة الايضاحية ، وعولنا فى معالجة النقص والاضطراب على ضرورة الرجوع الى الاعتبارات العملية والى الأخذ بالروح العامة لنظرية التسجيل فى الاوقات الحاضرة . ولم يبين لنا للآن القضاء المصرى أهلياً كان أو مختلطاً رأيه فيما يتعلق بهذه المادة السابعة . ولا بد عاجلاً أو آجلاً أن يظهر رأيه عندما ترفع اليه اشكالات من هذا النوع

أما بالنسبة للسألة الأولى الخاصة « بالالتزامات الشخصية » فقد أفضنا بهذه الرسالة فى شرح مرماها واتصالها بالاصول القانونية العامة وبروح التسجيل ، وأبنا بأن الغرض منها الالتزامات التى تنشأ عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين والذى لم

يتسجل بعد ، وانها لا تستحيل في الحال مطلقاً الى تعويض . انما تستحيل الى تعويض اذا تعذرت مطالبة المدين بالالتزام بالوفاء بنفس ما التزم به . وأما الوفاء العيني بالالتزام ممكن ، فيجب الحكم به . ورتبنا على هذه النظرية نتائجها القانونية في مظاهرها العملية ، وأخصها الشفعة . وبيننا أن القضاء الاهلى قضى أولاً بحكم واحد بعدم جواز الشفعة في عقد المشتري غير المسجل . وقضى أخيراً بأحكام خمسة بجواز الشفعة . وفي قضائه الأخير مما يتفق تمام الاتفاق مع المرمى الحقيقي « للالتزامات الشخصية » بما يؤيدنا فيما ذهبنا اليه . وأما القضاء المختلط فقد رأيناه في حكمن يأبى الاخذ بما ذهبنا اليه وذهب اليه القضاء الاهلى في تبين المرمى الحقيقي « للالتزامات الشخصية » ورفض الحكم بالشفعة في عقد المشتري غير المسجل . وقد قدنا حكمه المسبب بأسباب منشورة ، وبيننا وجهة الخلف بين وجهة نظرنا وجهة نظره ، ورغبنا في أن يعدل عن رأيه ، وأن يبحث هذه المسئلة فيما يتعلق بالشفعة ، لا بالرجوع الى أصول الشفعة عند فقهاء الشريعة ، كما فعل بحكمه المنشورة أسبابه والذي قدناه ، بل يبحثها أولاً بالرجوع الى أصول الشفعة المستفادة في الوقت الحاضر من قانون الشفعة بالذات ، ومن الأصول القانونية العامة المقررة في العلوم القانونية ، باعتبار الشفعة نظاماً مدينياً صرفاً ، قد تجنس بجنسية القانون المدني ، وأصبح لا يتصل بمصدره الأصلي الا من الوجهة التاريخية فقط . وبحثها ثانياً ، وهذا هو الأهم ، بالرجوع الى تحديد المرمى الحقيقي « للالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل ، تحديداً يتفق مع روح التسجيل ومع الاصول القانونية العامة .

قلنا قد تمنينا للقضاء المختلط أن يعدل عن رأيه فيما فصل فيه بشأن الشفعة ، وتمنينا ذلك حتى نعرف نحن مقدار ما عليه رأينا الذي أدلينا به من ضعف وقوة . تمنينا ذلك ، وما عثمنا أن قاربنا الانتهاء من طبع الصحف الاخيرة لهذه الرسالة حتى لاحظت بوادى الأمل ، ووصلنا العدد الأخير من مجلة « جورنا المحاكم المختلطة » عدد ١٤ و ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ ورقم العدد ٥٠٥ ، وبه تفصيل الحكم صادر من محكمة

مصر المختلطة الكلية في ٢١ يناير سنة ١٩٢٦ بما يتفق مع وجهة نظرنا في تعيين المرمى الحقيقي « للالتزامات الشخصية » حيث أباح مقاضاة المشتري للبائع لازامه بالوفاء بما التزم به عينا ، وأجاز على ذلك تسجيل الحكم حتى تنتقل الملكية .

وبينا نحن نتحدث بهذا الحادث العلمى وتحقق الرغبة في توحيد المذاهب العلمية فقها وقضاء ، أهليا ومختلطاً ، الى أستاذ كبير في المحاماة ، اذ أخبرنا هذا الاستاذ بحادث علمى آخر ، لم تنشره المجلات العلمية للآن ، في دعوى كان يترافع هو فيها بالذات ، وذلك أن محكمة مصر الكلية المختلطة أصدرت حكماً بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بصحة الشفعة في عقد المشتري غير المسجل . ولقد سارعنا نحن الى قلم كتاب المحكمة وطلبنا صورة من هذا الحكم وأخرجناه الى اللغة العربية ونلصقنا مبادئه القانونية كما سيأتى بعد

لهذين الحكمين ، حكم الالتزامات الشخصية ، وحكم الشفعة ، لم نر بداً من ضرورة الادلاء بتمكلة في نهاية الرسالة ، حتى يقف رجال القانون بمصر على مبلغ الحركة العلمية ، وماهى عليه من تطور ، وحتى تكون هناك مدعاة الى وزن الاصول القانونية وزناً يتفق مع روح القانون ، ومع الاعتبارات العملية . وانا نأمل من وراء ذلك تركيز العقائد القانونية لدى الافراد على أسس قوية لا يعثرها الاضطراب والقلق ، الامر الذى تترتب عليه الطمأنينة في المعاملات ، واستقرار الحقوق اما الحكمان المشار اليهما فهما ما يأتى :

(١) الالتزامات الشخصية

الحكم الاول : قواعد القانونية :

١ — يترتب على « الالتزامات الشخصية » المقررة بالمادة الاولى من قانون التسجيل رقم ١٩ ، حق شخصى للمشتري الذى لم يتمكن من تسجيل عقده ، من مطالبة البائع ، واكراهه على تنفيذ عقد البيع ، أى نقل الملكية

٢ — لا يجوز للبائع عند عدم تسجيل عقد البيع ، أن يختار بمحض رغبته الحق في الزامه بالتعويض فقط ، دون ازامه بتنفيذ البيع الصادر منه ، والاتهديدت المعاملات بين الافراد من جراء غنت أحد العاقدين وتمسكه باختيار طريق ضار بالعاقد الآخر

٣ — الغرض الذى يرمى اليه الشارع فى وضعه لقانون التسجيل هو نفس الغرض الذى أرادته اللجنة البلجيكية المكلفة باعادة النظر فى القانون البلجيكي ، اذ ذكرت بتقريرها ما يأتى بالنص : « ان العقد الذى يلتزم به العاقد على نقل الملكية ، كعقد البيع والبدل والهبة ، لا يمكن أن يترتب عليه منطقياً للمشتري سوى مجرد حق شخصي^(١) أو حق دائئية^(٢) يتمكن به من اكراه البائع على الوفاء بما التزم به ، أى اكراهه على نقل الملكية فعلا الى المشتري . أما هذا التسجيل فانه يحصل باجراءات شكلية قررها القانون بالذات^(٣) ومن شأنها اشهار الملكية واعلانها على الكافة » اهـ من التقرير

٤ — يترتب على تسجيل الحكم الصادر بصحة البيع ، نقل الملكية الى العاقد الآخر الذى لم يتسجل عقده

(ورد تفصيل هذا الحكم الصادر من محكمة مصر الكلية المختلطة بتاريخ ٢١ يناير سنة ١٩٢٦ ، بمجلة « جورنا المحاكم المختلطة » عدد ١٥١٤ يونيو سنة ١٩٢٦ ورقم العدد ٥٠٥ ص ٦ العامود الثانى والثالث . ولم ترد به أسباب الحكم نفسها وبالذات)

هذا هو الحكم الاول الذى أجاد فى بيان الالتزامات الشخصية ، وعلى الاخص فى نقله لعبارة هامة من تقرير اللجنة البلجيكية المشار اليها

٢) الشفعة والتسجيل

الحكم الثانى وقواعده القانونية :

١ — العقد الرسمى الحاصل بعد العقد الابتدائى يعتبر مؤيداً لهذا الاجbir
٢ — لا يجوز دفع دعوى الشفعة بالدفع الخاص بعدم جواز نظر الدعوى^(١) عند
عدم تسجيل عقد المشتري ، ولا يجوز القول بعدم جواز تصحيح الدعوى بتسجيل
عقد البيع فيما بعد

٣ — لم يقل قانون الشفعة الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ بنصوصه المتعلقة
بدعوى الشفعة فى ذاتها ، بانه يجب لصحة رفع الدعوى أن تكون موجهة ضد المالك^(٢)
بل قالت فقط بان ترفع الدعوى ضد البائع والمشتري^(٣) وهاتان الصفتان تصدقان على
البائع والمشتري ، حتى عند عدم تسجيل عقد البيع

٤ — من الخطأ البين أن يقال بان عقد البيع غير المسجل عقد بيع ناقص^(٤)
بل هو بيع كامل وصحيح . وكل ما هناك أن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ،
أصبح خاضعاً لاجراءات شكلية تنحصر فى تسجيل العقد . وعلى ذلك فالشفعة جائزة
فى عقد المشتري غير المسجل

(هذا الحكم صادر من محكمة مصر الكلية المختلطة بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٦
ولم ينشر بعد بالمجلات القانونية الدورية . وقد استحضرننا نحن صورة منه ، ونلخصنا منها
هذه المبادئ الاربعة المنشورة)

وانا نلاحظ على هذا الحكم أنه لم يعالج المسألة الا فى موطن واحد دون الموطن
الآخر . اذ عالجها من حيث قانون الشفعة ، دون الاشارة الى « الالتزامات الشخصية »
والى تعيين بعد مرماها . وفعل هذا الحكم من حيث البحث والاستقصاء ، كما فعل

حكم محكمة اسكندرية السككية المختلطة الصادر في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥^(١) اذ قصر كلاهما البحث في دائرة الشفعة دون التعرض لقانون التسجيل . ولذا يصح على هذا الحكم الاخير الصادر من محكمة مصر ، ماوجهناه من النقد على الحكم الاول الصادر من محكمة اسكندرية^(٢) وانا لندهش لذلك ، اذا لاحظنا على الاخص أن الاشكال يتصل بقانون التسجيل أكثر من اتصاله بحق الشفعة . وكان يجب أن تنجيه جهود البحث الى قانون التسجيل والى مرمى « الالتزامات الشخصية » أكثر من اتجاهها الى الشفعة بالذات . ولقد ترتب على قصر جهود بحث القضاء المختلط في دائرة الشفعة دون قانون التسجيل ، وهو يجاهد جهوداً ظاهراً في تحقيق مبدأ جواز الشفعة ، اذا حصل اظهار الرغبة قبل تسجيل عقد المشتري^(٣) أو اذا رفعت دعوى الشفعة قبل تسجيل عقد المشتري الذى تسجل فيما بعد وأثناء نظر الدعوى^(٤) ، قد ترتب على ذلك أن تعمل هذا القضاء في تفسير مواد الشفعة الواردة بقانون مارس سنة ١٩٠٠ عملاً ، تارة يأخذ به في تفسير هذه المواد تفسيراً يرجع فيه الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، مع أن الشفعة أصبحت بمقتضى قانونها المهنوز ، من النظم المدنية الخاصة بالاصول المقررة بقانونها الخاص بها ، وللاصول العامة المستفادة من العلوم القانونية المصرية ؛ وتارة يتعمل في سبيل تأييد طريقته ، الى تفسير مواد قانون الشفعة تفسيراً لا يتفق مطلقاً مع ارادة الشارع التى كانت تسوقه وهو يضع قانون الشفعة . وذلك أن حكم محكمة مصر يقول بأن واضع قانون الشفعة لم يشترط أن ترفع الدعوى ضد البائع والمالك^(٥) بل اشترط أن ترفع ضد البائع والمشتري^(٦) (المادة ١٥ من قانون الشفعة) ويريد الحكم بذلك أن يقول بأن دعوى الشفعة المرفوعة قبل تسجيل عقد المشتري وقبل أن يصبح مالكا ، صحيحة في شكلها ، ما دام أنها مرفوعة ضد المشتري ، ولا عبرة بما اذا كان

(١) انظر صفحة ٢٨ من هذه الرسالة والهامش ٢ (٢) انظر هذا النقد ص ٢٩ —
 ٣٣ من هذه الرسالة (٣) حكم محكمة اسكندرية (٤) حكم محكمة مصر
 acquéreur (٦) propriétaire (٥)

قد أصبح مالكا أو غير مالك . مع أن هذا التعليل في ذاته لا يتفق مع الغرض الذى كان يرمى اليه الشارع عند ما وضع قانون الشفعة سنة ١٩٠٠ ، اذ كان يريد في ذلك الحين من المشتري ، المشتري المالك ، لا المشتري غير المالك . لان قانون التسجيل لم يكن قد وضع بعد ، ولم يوضع الا بعد وضع قانون الشفعة بمدة ٢٣ سنة . وعلى ذلك تكون كلمة المشتري في سنة ١٩٠٠ ترمى الى المشتري المالك حتما . ويستحيل على الشارع في سنة ١٩٠٠ أن يضع مواده بطريقة تتفق مع قانون لم يوضع بعد (وهو قانون التسجيل) ولا يعرف متى يوضع ، وعلى أى شكل يوضع . — واذا أردنا نحن أن تتبع طريقا معقولا ومنطقيا في مجال تفسير القوانين تفسيراً علمياً فنياً صحيحاً ، أن نفسر القانون الحاضر ، قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ تفسيراً دقيقاً تخضع له القوانين السابقة عليه ، ومنها قانون الشفعة سنة ١٩٠٠ بمعنى أن القانون الحاضر هو الذى يحكم القوانين السابقة ، وهو الذى يقرر لها أصولا ومبادئ تجعلها خاضعة له وبما سكته . لا أن نجعل القانون الحاضر خاضعاً للقوانين السابقة . وعلى ذلك كان يجب في مثل هذه الأحوال أن تفسر عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بقانون التسجيل الجديد تفسيراً عاماً يصح أن يتمشى في نتائجها القانونية على جميع المظاهر العملية الخارجية ، وأخص هذه المظاهر « الشفعة وعقد المشتري غير المسجل » وبذا تصبح القوانين الحاضرة مع القوانين السابقة مرتبطة برابطة الانسجام والوحدة في المعنى ، بحيث لا يشعر الباحث بتنافر في تقرير الاحكام العامة للكل ، أو بتعمل ظاهر يرمى الى معالجة التنافر .

وعلى ذلك اذا كان شارع سنة ١٩٠٠ لا يريد من المشتري بالمادة ١٥ الا المشتري المالك ، ولم يرد المشتري غير المالك الذى لم يكن معروفاً في ذلك الحين والذى لم يعرف الا في سنة ١٩٢٣ ، اصبح من المعقول ان يقال بان شارع سنة ١٩٢٣ هو الذى قال وحده بالمشتري غير المالك ، وهو المشتري الذى استقرت له حقوق بشأن العقار دون ان يصبح مالكا له . ولا يكون مالكا له الا بعد عملية التسجيل . وبما ان في الشفعة احلالا للشفيع محل المشتري فيما تقرر لهذا الاخير من الحقوق بشأن العقار

المشغوع فيه (المادة ١٣ الفقرة الاولى) ، فما على المشتري الا ان يتخلى عن حقوقه المترتبة له ليحل الشفيع محله فيها ، باعتبار الشفيع هذه المرة مشتريا من البائع لامشتريا من المشتري (المادة ١٣ الفقرة ٣)

هذا ويجب ان لا ننسى ما لهذا الحكم الذى نحن بصددده من الاهمية فيما قرره بالنسبة للمبدأ الرابع ، فى ان عقد البيع غير المسجل ، عقد بيع صحيح كامل . وكل ما فيه ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل . وهو مبدأ يتفق مع ما قررناه وقرره الحكم الاول بالنسبة للالتزامات الشخصية . ، فى انه يترتب على العقد غير المسجل حقوق وواجبات يرجع فيها الى طبيعة كل عقد

هذا والامل معقود فى ان تتوحد الآراء القانونية فى القضاء بين ، الاهلى والمختلط ، فيما يتعلق باشكالات قانون التسجيل الجديد . وأن لا يقف التوحيد فى رأى عند القضاء بين فحسب ، بل نود ان يكون الفقه من جانبه هو الآخر مؤيداً لهما أيضاً

التسجيل

وحماية المتعاقدين والغير

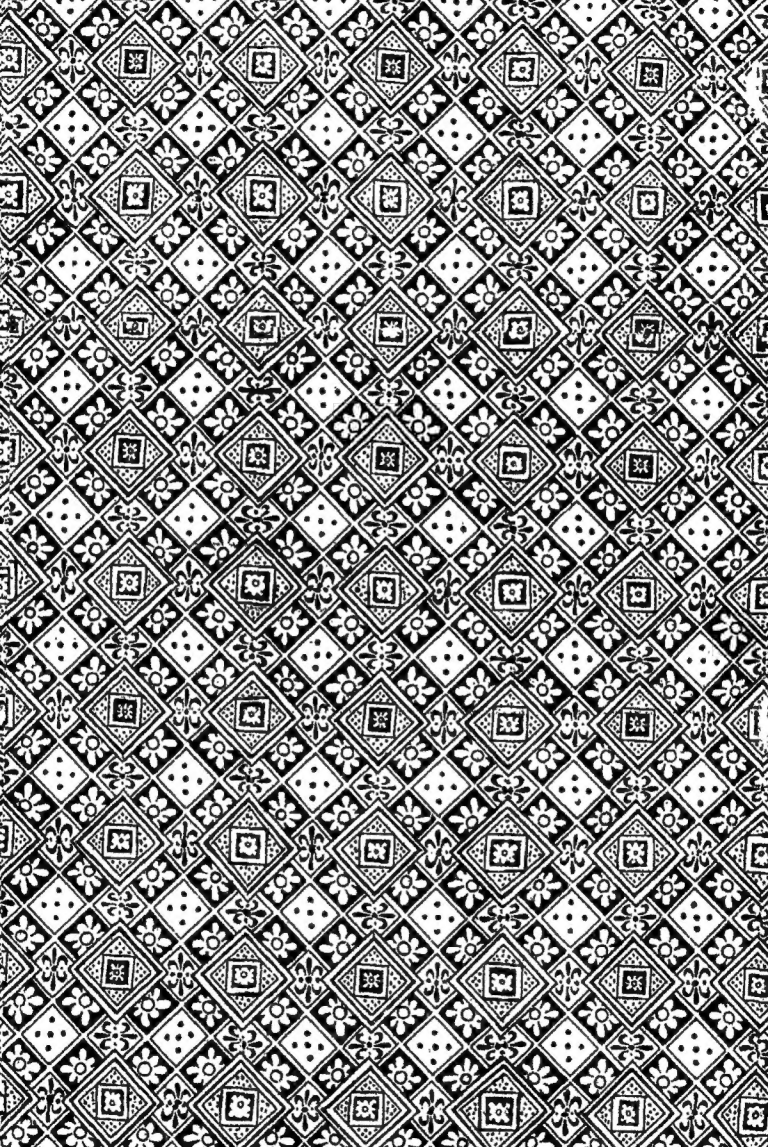
ص

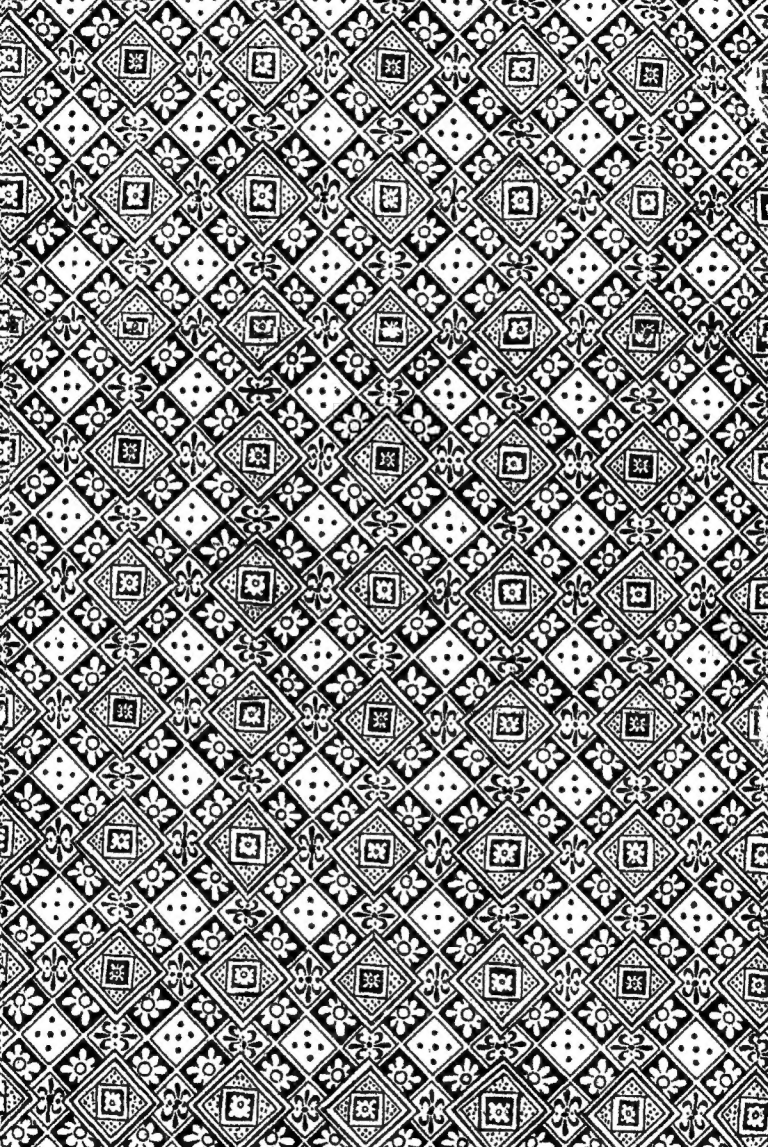
| | | |
|----|-------|--|
| ١ | | محرر |
| ٤ | | أثر المقد من حيث بقاء المقد قائماً |
| ٤ | | (١) أثر المقد بالنسبة للمتعاقدین . |
| ٤ | | ١ — بالنسبة للقانون المدني . |
| ٧ | | ٢ — بالنسبة لقانون التسجيل |
| ٨ | | ١ — التسجيل والملكية الكاملة والملكية الحيازية |
| ١٠ | | ب — الالتزامات الشخصية والمقد غير المسجل |
| ١٠ | | § ١ — تمهيد تاريخي . |
| ١٢ | | § ٢ — التصريح المصري وحركة التسجيل |
| ١٤ | | § ٣ — الالتزامات الشخصية الناشئة عن طبيعة المقد |
| ٣٢ | | (٢) أثر المقد بالنسبة للغير . |
| ٣٢ | | ١ — بالنسبة لقانون المدني . |
| ٣٢ | | ١ — تمهيد تاريخي . |
| ٣٦ | | ب — النية والتسجيل في عهد القانون المدني . |
| ٣٦ | | § ١ — النية والتسجيل في القانون البلجيكي |
| ٣٦ | | § ٢ — النية والتسجيل في القانون الفرنسي |
| ٤١ | | § ٣ — النية والتسجيل في القانون الإيطالي |
| ٤٢ | | § ٤ — النية والتسجيل في القانون المصري |
| ٤٣ | | المبحث الأول : النية والتسجيل في القانون المدني المصري |
| ٤٣ | | المبحث الثاني : النية والتسجيل في القضاء المختلط . |
| ٤٤ | | المبحث الثالث : النية والتسجيل في القضاء الاهلي . |
| ٤٤ | | المبحث الرابع : النية والتسجيل في الفقه المصري . |
| ٤٥ | | ٢ — بالنسبة لقانون التسجيل الجديد . |
| ٤٥ | | ١ — موطن النية بقانون التسجيل . |
| ٤٨ | | ب — سوء النية بقانون التسجيل هو التواطؤ التدليسي |
| ٥٣ | | أثر المقد من حيث زوال المقد |
| ٥٤ | | (١) أسباب زوال المقد |

- ١ — الزوال الارادى بالمدول ٥٤
- ١ — المدول الارادى المتبادل من الطرفين ٥٤
- ب — المدول من جانب الطرف الواحد ٥٤
- ٢ — الزوال غير الارادى ٥٥
- ١ — ابطال المقد : ٥٦
- ١ § — المقد المندوم أو الباطل بطلانا مطلقا ٥٦
- ٢ § — المقد القابل للبطلان ٥٧
- المبحث الاول : البطلان لسبب يرجع للماقدين (ميو ب)
- الرضا والنسخ (. ٥٧
- المبحث الثانى : البطلان لسبب يرجع لغير (ابطال تصرفات المدين والصورية ودعوى تثبيت الملكية) . . . ٥٧
- ب — نسخ المقد والمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى ٥٨
- (٢) فى أثر المقد الباطل ٥٨
- ١ — أثر المقد الباطل فى القانون المدنى ٥٨
- ١ — بالنسبة للمتاقدين ٥٨
- ب — بالنسبة لغير ٥٩
- ١ § — البطلان المطلق ٥٩
- ٢ § — البطلان النسبى ٦١
- المبحث الاول : البطلان النسبى بسبب أحب الماقدين . . ٦١
- المبحث الثانى : البطلان النسبى بسبب الغير ٧٥
- (١) دعوى ابطال تصرفات المدين ٧٥
- (٢) دعوى الصورية ٧٩
- (٣) دعوى النزاع فى الملكية والمشتري من أحد المتنازعين ٨٣
- ٣ § — البطلان والتشريع المحتلط ٨٥
- ٤ § — فى نقد نظرية الأثر الرجعى لزوال عقد الملك . . ٩٠
- المبحث الاول : فى نقد نظرية الامر الرجعى فنسخ . . ٩٠
- المبحث الثانى : فى نظرية الأثر الرجعى للافاء . . . ٩٣
- (١) فى نقد الافاء بسبب السيوب المفسدة للرضاء . . ٩٣
- (٢) فى نقد الافاء بسبب الصورية ١١٢
- ٢ — أثر المقد الباطل وقانون التسجيل ١١٩
- ١ — بالنسبة للماقدين ١١٧

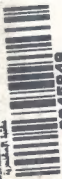
| | | |
|-----|--|---|
| ١١٨ | ب — بالنسبة للغير | ص |
| ١١٨ | ١ § — في حالة اكتساب الغير الحق قبل النزاع القضائي | |
| ١١٩ | ٢ § — في حالة اكتساب الغير الحق أثناء النزاع القضائي | |
| | المبحث الاول : في الروح القانونية للتسجيل | |
| ١٢١ | (١) في الروح القانونية للتسجيل لدى القضاء | |
| ١٢٤ | (٢) في الروح القانونية للتسجيل لدى الشارع الجديد | |
| ١٢٧ | المبحث الثاني : عرائض الدعاوى الخاصة، للتسجيل | |
| ١٣٧ | المبحث الثالث : آثار تسجيل عرائض الدعاوى، | |
| ١٣٧ | المبحث الرابع : في التسجيل الكيدي لعرائض الدعاوى | |
| ١٣٨ | تكملة | |
| ١٤٠ | (١) الالتزامات الشخصية | |
| ١٤٢ | (٢) الشفعة والتسجيل | |

انتهى الفهرس





Библиотека Александрина



0245848